

Fundamentos de Derecho administrativo

Alberto Montaña Plata

Universidad
Externado
de Colombia

Fundamentos de Derecho administrativo

Alberto Montaña Plata

Universidad
Externado
de Colombia

Alberto Montaña Plata

Fundamentos de Derecho administrativo

Universidad Externado de Colombia

ISBN digital: 978-958-772-377-9

© 2010, ALBERTO MONTAÑA PLATA

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2010

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

ePub por: Hipertexto Ltda.

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

A Andrea y Francesca

TABLA DE CONTENIDO

[PORTADA](#)

[PORTADILLA](#)

[CRÉDITOS](#)

[DEDICATORIA](#)

[TABLA DE CONTENIDO](#)

[PRESENTACIÓN](#)

[INTRODUCCIÓN](#)

[I. GÉNESIS Y FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO](#)

[A. EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA NEGACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO](#)

[B. EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO](#)

- 1) Justificación subjetiva del derecho administrativo
- 2) Justificación objetiva del derecho administrativo
- 3) Justificación teleológica del derecho administrativo

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

A. APROXIMACIONES CONCEPTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

- 1) La administración pública antes de la existencia del estado (en un sentido moderno)
- 2) La administración pública en el seno de un estado (en un sentido moderno)
- 3) La administración pública en el seno de un estado de derecho
- 4) La administración pública en el seno de un estado social de derecho

B. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. JUSTIFICACIÓN

- 1) La función administrativa como la realización genérica de los fines del estado
- 2) La función administrativa como categoría residual o negativa de las funciones tradicionales del estado
- 3) La función administrativa como categoría positiva de las funciones del estado
- 4) La función administrativa como una fracción de las manifestaciones del estado que implica ejercicio de autoridad
- 5) La función administrativa como concepto impropio en cuanto es asimilada o identificada a la función pública

III. LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS COMO CONCRECIÓN

JURÍDICO POSITIVA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

A. POLICÍA ADMINISTRATIVA Y SU TRANSFORMACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

B. LA INFLUENCIA DE LA ECONOMÍA Y LA CONCEPCIÓN DE ESTADO EN LA TRANSFORMACIÓN DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y NO ADMINISTRATIVAS. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DESPLEGADA POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

IV. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. LAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS COMO CARACTERIZACIÓN PRINCIPAL DEL SUBSISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A. LOS INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE CONCRETAN LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS. OPORTUNIDAD DE SU CLASIFICACIÓN

B. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO CONCRECIÓN DEL PODER PÚBLICO. ¿MANIFESTACIÓN ÚNICA DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO DENOMINADO DERECHO ADMINISTRATIVO?

V. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU OBJETO

A. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. MODELOS

1) Control judicial ejercido por la administración pública

2) Control judicial ejercido por la jurisdicción ordinaria

3) Control judicial ejercido por la jurisdicción ordinaria a través de jueces especializados

4) Control judicial ejercido por una jurisdicción de lo contencioso administrativo

5) Control judicial como complemento al control administrativo (la vía gubernativa)

B. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN

En el año 2006 desarrollé una investigación denominada “Fundamentos teóricos y constitucionales del ejercicio de función administrativa por particulares” en el contexto de un posdoctorado que tuve la oportunidad de realizar en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Pisa, gracias a una beca de estudios de la Comisión Europea y al apoyo permanente de mi casa de estudios: la Universidad Externado de Colombia.

Allí me encontré con un argumento apasionante, que lejos de hacer referencia únicamente a situaciones coyunturales jurídico administrativas, por demás de máxima importancia, irradiaba no pocas instituciones de esta disciplina jurídica, lo que suponía una reconstrucción dogmática y teórica de la materia.

En uno de los seminarios del Doctorado en Derecho Público de esta prestigiosa universidad italiana, en la que encontré un auditorio más que propicio para compartir algunas de mis ideas, siendo docente tuve la oportunidad de socializar por vez primera la preocupación académica de esta realidad.

Una vez en Colombia y retomada la cátedra de derecho administrativo que tengo el honor de dictar en tercer año de la Facultad de Derecho de mi universidad, los estudiantes con sus siempre valiosos aportes e inquietudes, produjeron en mí una confrontación permanente entre las ideas de la investigación aludida y el tratamiento que daba yo a la materia de derecho administrativo general.

Esto produjo en mí, primero una preocupación inmensa, y luego la motivación para intentar algunos ajustes metodológicos y de contenido a la enseñanza de la teoría del derecho administrativo, que paulatinamente se fueron poniendo en práctica en mis clases tanto con los estudiantes de tercer año de derecho, como con los estudiantes de doctorado y maestría que debieron –y deben– soportarme con la proposición de no pocos problemas académicos y los sucesivos debates, muchos de ellos acalorados, pero siempre divertidos y deliciosos en el mejor de los sentidos.

La obra que tengo la satisfacción de presentar es el fruto de este ejercicio académico que comenzó en Pisa y terminó en las aulas y pasillos de la

Universidad Externado de Colombia.

Por lo anterior, debo agradecer en primer lugar, a mis estudiantes, principalmente aquellos de tercer año de derecho, así como a los profesores y colegas con quienes tuve oportunidad de intercambiar ideas.

De manera particular debo agradecer al profesor Roberto Rombolli tutor en Pisa de mi estancia posdoctoral, así como a nuestro director, el profesor Alessandro Pizzorusso, quienes siempre me honraron con sus sugerencias e inquietudes académicas. En esta estancia fue también importante el apoyo y la amistad permanente del profesor Giuseppe Campanelli.

En la Universidad Externado de Colombia, como siempre, en primer lugar debo hacer alusión al apoyo permanente de su Rector, el profesor Fernando Hinestrosa, quien nunca ha dejado de honrarme con su comprensión y estímulo hacia la totalidad de mis proyectos académicos; por la amistad del profesor Juan Carlos Henao que surgió en un momento importante de mi vida que coincidió con este trabajo; y a todos los compañeros del Departamento de Derecho Administrativo, en particular al profesor Jorge Iván Rincón para quien ya es costumbre ayudarme con su rigor profesional en las lecturas de los borradores de mis trabajos.

INTRODUCCIÓN

El operador jurídico administrativo en la actualidad –llámese juez, funcionario, abogado o asesor– debe tener un alto grado de especialización y porqué no, detentar una técnica particular para el desarrollo de sus singulares y cotidianas actividades. La especialización se ha convertido en un requerimiento fundamental, que pareciera muchas veces invitar a desanimar las referencias jurídicas generales por una parte y, por la otra, a propiciar una profundización cargada de componentes técnicos.

Esta tendencia se aprecia mejor con un referente jurídico privado que en términos históricos, de manera casi obligada han tenido las instituciones del derecho administrativo. Lo “novedoso” de estas ha sido el régimen administrativo, frente a situaciones y relaciones reguladas de antaño por el derecho privado o más genéricamente por el derecho común; por eso esa “novedad” se ha hecho relativa frente a una construcción paralela de instituciones publicas y privadas, donde las primeras son muchas veces adaptación de las segundas, a requerimientos propios de una disciplina más joven y consecuentemente más inmadura como el derecho administrativo.

La especialización se ha convertido entonces en el motor del proceso de madurez del derecho administrativo; un proceso sin dudas inacabado, que pareciera demostrar unos sustentos teóricos y prácticos contundentes, pero también que no va a terminar con la independencia absoluta del derecho administrativo frente al derecho común, sino por el contrario, consciente de ese paralelismo, lo robustece en algunas oportunidades o lo debilita en otras, tomando para sí, situaciones y relaciones nuevas o dejándolas y abandonándolas para su reinserción en el derecho común respectivamente.

La convicción de algunos de que el proceso de madurez iba a terminar de manera definitiva con una clara distinción entre el derecho administrativo y el derecho común se ha visto frustrada en tiempos recientes, en los que distintas situaciones demuestran una barrera muy débil entre lo público y lo privado, y realidades específicas demandan tratamientos jurídico –administrativos o jurídico– privados sin aparentes criterios teóricos y hasta prácticos que logren

justificar esa tendencia.

No en vano “el derecho administrativo se está acabando” o “el derecho administrativo está huyendo hacia el derecho privado” o “el derecho administrativo está asumiendo espacios considerados como fortines privados” son frases cada vez más comunes en la producción doctrinaria reciente y cuyo fondo con más o menos pasiones, no es otro que el de la debilidad de la barrera entre lo público y lo privado en los actuales momentos de los estados modernos. Este fondo alcanza entonces variantes revanchistas, envidiosas, celosas, pesimistas, entre un sinnúmero de sensaciones y emociones que este fenómeno trae consigo, fruto muchas veces de la falsa convicción que produjo la construcción teórica del derecho administrativo.

Y es que para entender, pero sobre todo para darle vigencia y futuro a este “proceso de especialización” que es para nosotros el derecho administrativo, se hace necesario tener claridad sobre unas bases o fundamentos teóricos. De no ser así, el derecho administrativo no será otra cosa que un conjunto de normas desordenadas y dispersas que fundadas en la arbitrariedad del legislador, regulan situaciones de manera distinta a la convencional (derecho común), sin lograr explicar esta distinción y este sustento y haciendo pensar permanentemente en caprichos, necedades e intuiciones que en absoluto son coherentes con la actualidad y vigencia del fenómeno estatal.

Estas bases o fundamentos teóricos, como se muestra, deben construirse con ocasión de la apreciación juiciosa del proceso evolutivo aludido, de modo que los cambios permanentes que ocurren en la barrera del derecho administrativo y el derecho privado también mencionados, puedan ser comprendidos y se pueda vislumbrar de modo coherente el presente y el futuro de una disciplina denominada derecho administrativo.

Sin embargo, esta no ha sido siempre la lógica de los fundamentos teóricos del derecho administrativo; estos muchas veces han sido importados sin atender juicios sobre las particulares realidades estatales e inclusive sobre las particulares realidades constitucionales; se han concebido en no pocas oportunidades como construcciones teóricas desentendidas de la práctica y de las manifestaciones especiales normativas que produjeron una desconexión absoluta entre las partes general y especial del derecho administrativo; en otras, se han esgrimido como construcciones dogmáticas sin fundamentos prácticos y con pretensiones universalistas.

Así, con el presente trabajo pretendemos esgrimir unos fundamentos del derecho administrativo que consideramos necesarios para comprender el presente y vislumbrar el futuro de una producción normativa con personalidad propia, con motivaciones y justificaciones suficientes para sustentar su identidad, con un indiscutible sustento en la Carta Constitucional y que aprecia similares construcciones del derecho común con el convencimiento de que no existe una barrera inquebrantable entre lo público y lo privado, pero sí una lógica capaz de comprender las retroalimentaciones y mutaciones de ambos órdenes normativos.

No pretendemos sacar los fundamentos de la manga, pero tampoco los vamos a traer de manera inequívoca de otras latitudes. Pretendemos, pues, construirlos a partir de la especialidad normativa que muchas veces ofrece el derecho administrativo, su confrontación con la realidad constitucional, y la revisión de los orígenes y la formación de una disciplina que aunque reciente ha tenido un enorme desarrollo doctrinario.

Fenómenos como los de las privatizaciones de no pocas entidades públicas, liberalizaciones de también no pocos sectores estratégicos, el monte y desmonte de monopolios, los desarrollos obsesivos por procesos de selección de contratistas que garanticen la objetividad, los cambios en el empleo público en materia de regímenes normativos, acceso a la carrera y responsabilidad de los empleados, la evolución en materia de responsabilidad contractual del estado, el nacimiento de acciones judiciales alternativas, los cambios en los roles del juez administrativo, no serán entendidos como retos del derecho administrativo y/o recientes transformaciones, sino más bien como realidades que dan forma a unos fundamentos teóricos de ellos, que a su vez sirven para entenderlos y atribuirles perspectiva.

La revisión histórica que haremos de algunas instituciones del derecho administrativo tendrá un sentido crítico antes que descriptivo, para con ello tratar de aportar una herramienta adicional a la búsqueda de unos fundamentos teóricos del derecho administrativo, apoyados en la realidad normativa actual.

Esta intención que esperamos cumplir a lo largo del libro, nos fuerza al seguimiento de una metodología crítica y propositiva frente a argumentos que tradicionalmente han tenido desarrollos históricos y descriptivos por parte de la doctrina nacional. Este no es un manual, sino una monografía elaborada con argumentos tradicionalmente desarrollados en este tipo de obras. Así, este trabajo es una invitación a la discusión académica, pero sobre todo un llamado

de atención a la necesidad de adopción de una postura metodológica distinta para el estudio del derecho administrativo; una postura que creemos debe tomar los cambios no como retos, sino como realidades que a su vez sirven para dar sustento a nuestra disciplina.

Para desarrollar esta iniciativa hemos tomado cinco argumentos que constituyen el contenido básico de nuestros fundamentos teóricos del derecho administrativo: la formación histórica de la disciplina jurídico administrativa; la administración pública como objeto del derecho administrativo; las actividades susceptibles de ser calificadas como administrativas; las actuaciones administrativas o concreción de lo anterior; y el control judicial sobre las actuaciones administrativas.

Si se confronta esta propuesta temática con desarrollos doctrinarios tradicionales de unos fundamentos de derecho administrativo o derecho administrativo general sólo se echa de menos al argumento de las fuentes normativas del derecho administrativo, que no incluimos de manera deliberada y, en cierta medida, provocadora. Como pretendemos adelantar una construcción acorde con la realidad normativa existente, sobre todo la constitucional, que a su vez sirva de base para su utilización práctica, queremos comprender las fuentes de unos fundamentos del derecho administrativo, cada vez que resulte pertinente e inclusive posible, es decir, en la construcción doctrinaria de cada uno de los argumentos expuestos.

Indicada la coincidencia entre los cinco temas propuestos para desarrollar este trabajo con argumentos tradicionales del estudio general de la disciplina jurídico administrativa, así como la pretensión monográfica antes que de manual, debemos mencionar que a cada tema le corresponderá un capítulo, en el que su estructura los hará parecer cinco ensayos, toda vez que cada uno partirá de un problema teórico que será planteado en su respectiva premisa, que será desarrollado a través de dos partes –dos literales–, seguida de una conclusión donde se intentará dar solución a la problemática que sirvió de fundamento.

Este método y estructura del trabajo de ninguna manera quiere atender requerimientos metodológicos precisos, sino que la planteamos para no descuidar nuestro propósito principal de describir contenidos, únicamente con la intención de sentar posiciones, que ojalá puedan servir de referente para debates académicos.

Así mismo, anunciamos desde ya que la identificación de los cinco problemas, con base en los cuales desarrollamos esta obra, no supone de ninguna manera una desarticulación de los mismos. Hay una secuencia lógica entre unos y otros, y las más de las veces, la solución del anterior, se convierte en requerimiento para la asunción del posterior.

En este orden de ideas, en el primer capítulo atendemos el problema de la justificación del estudio del derecho administrativo, frente a la constatación histórica de la ausencia de un contenido material preciso o, si se quiere, de la indeterminación de su objeto. En el segundo se intentará resolver el problema del objeto del derecho administrativo en términos conceptuales relacionándolo con la administración pública de la que se deriva su denominación. Con esto pasamos a un tercer capítulo a intentar dar respuesta al problema de la identificación del contenido material que caracteriza su objeto; aspecto necesario para tratar de resolver en el cuarto capítulo el problema relativo a la presencia o no de ejercicio de poder público en el desarrollo de las actividades que suponen el objeto de nuestra disciplina; y finalmente, pasamos a analizar en el quinto capítulo las relaciones de este objeto con el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como se observa, todo está orientado a desarrollar reflexiones en torno al objeto del derecho administrativo, aspecto fundamental para la comprensión suya como disciplina jurídica. Esta motivación general puede resultar para algunos “trajinada”; calificación esta que no compartimos con base en las motivaciones expuestas en esta introducción, y que por ende, nos llevan a tener la intensión, de promover la discusión académica al respecto, así como de servir de punto de referencia para la mejor revisión y comprensión de instituciones jurídico administrativas, por parte de los operadores de esta hermosa disciplina jurídica.

I. GÉNESIS Y FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Premisa. El derecho administrativo y su urgencia conceptual por demostrarse diferente. El régimen jurídico administrativo y la disciplina jurídico administrativa.

En confrontación con otras disciplinas jurídicas, el derecho administrativo en términos descriptivos tiene un origen menos espectacular. Mientras muchas de las consideradas en la actualidad disciplinas jurídicas o ramas del derecho han nacido con ocasión de la aparición o reconocimiento de nuevas relaciones interpersonales, o la inequívoca identificación de aceptación o reproche de algunos comportamientos humanos o de sujetos de derecho en general, el derecho administrativo se ha configurado a partir de una convicción –en absoluto homogénea sino más bien predicable de algunos– de un tratamiento jurídico diferenciado –en atención al convencional– a un sujeto o a unos sujetos de derecho, bien sea en razón de su esencia o naturaleza, o en atención a la actividad que desarrollaba o desarrollaban.

No es entonces la apreciación de un conjunto de actividades o conductas que merecen ser reguladas desbordando las tradicionales fronteras del ejercicio de la autonomía de la voluntad e imponiendo límites a su ejercicio fundados en el orden público, lo que da origen a una especulación jurídico administrativa ¹, es la urgencia ideológica de regular situaciones tradicionalmente regladas por el derecho privado –o común para atender más exactamente las construcciones doctrinarias ² – de modo distinto al convencional, convirtiéndose la distinción en el elemento diferenciador de esta aparente especulación ideológica con pretensiones teóricas.

En consecuencia, podría decirse que la práctica de dictar reglas de manera atípica y poco convencional referentes a algunos comportamientos de los estamentos públicos es, en última instancia, el fenómeno que justifica y promueve la génesis de la construcción teórica de una disciplina que conocemos en la actualidad como derecho administrativo. Una evidente tradición sistémica puede entonces apreciarse, en el origen de nuestra materia, toda vez que es la

especialidad y la cotidianeidad de las relaciones jurídicas fundadas en las normas, lo que propicia una construcción teórica –general– que a su vez pretende servir de base para la comprensión de la especialidad ³ .

El reconocimiento de esta realidad conduce a una doble connotación del derecho administrativo; por una parte este será el conjunto de normas que de manera evidente dan un tratamiento jurídico distinto a las actuaciones –o algunas de ellas– de las instancias públicas y, por otra, será el conjunto de pautas teóricas que trazan la justificación y constituyen el derrotero o la base de la formación de estas normas jurídicas distintas.

Un sector de la doctrina ha reconocido estas dos perspectivas del derecho administrativo como régimen administrativo, subsistema normativo jurídico administrativo o simplemente derecho administrativo; y ciencia del derecho administrativo o disciplina jurídico administrativa ⁴ . Su denominación fundada en la pretensión de identificar estos dos fenómenos en el origen del derecho administrativo nos es indiferente, lo que sí nos resulta relevante es insistir en la complementariedad y unidad de ambas perspectivas y que coincide con la premisa metodológica de este trabajo: no puede concebirse la parte general (fundamentos teóricos) sin atender lo especial (construcción jurídico positiva) y viceversa, y ambas partes conforman un todo denominado derecho administrativo ⁵ .

Desde el momento de su aparición, ambas partes afrontaron el reto de la justificación de su diferencia frente a la concepción jurídica convencional de regular relaciones entre sujetos de derecho. Mientras la ciencia jurídica convencional se había ocupado de manera tradicional de explicar y justificar instrumentos, instituciones, principios y medidas, el naciente derecho administrativo debía centrar su atención antes que en analizar su contenido, en justificar su existencia y su aparente esencia de ser resultado de una escisión del derecho común o convencional o cuando menos del derecho privado.

El derecho administrativo podría decirse que en su génesis sufrió una “crisis de identidad” y ésta a su vez fue el motor de su creación, es decir, de la consciente identificación teórica de la necesidad de que existan unas normas distintas en su esencia a las del derecho común, cuando quiera que estas reglen situaciones públicas en general o administrativas en particular, se pasó a fundamentar teóricamente esta necesidad.

Este énfasis teórico –por no decir obsesión– del derecho administrativo es más que comprensible; no es nada distinto de la lógica que tendría la argumentación de una parte que se escinde de un todo proclamándose distinta. Sin embargo, este rasgo distintivo del derecho administrativo debe ser superado; los estados de derecho y las sociedades que poseen un derecho administrativo han tenido tiempo suficiente para aprender a convivir con esa existencia, han aprendido a diferenciar de las típicas relaciones objeto del derecho privado, otras relaciones jurídicas que son objeto de un llamado de derecho administrativo. Lo fundamental hoy no es insistir en la diferencia, es más bien comprender los motivos de la supervivencia de esta disciplina jurídica, es decir, la supervivencia de regímenes normativos distintos frente a hipótesis similares, y utilizar esta comprensión para seguir marcando la diferencia en sentidos más amplios o restringidos.

Con esta perspectiva, desarrollaremos en el presente capítulo una confrontación teórica entre aquellos que han negado la oportunidad y la existencia misma de un derecho administrativo, y aquellos que la han justificado. Para con base en ello y fundados en lo antes dicho, presentar una justificación actual de la disciplina jurídica objeto de análisis.

A. EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA NEGACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con lo sostenido en la premisa de este capítulo si el derecho administrativo históricamente se ha fundado en la distinción de regímenes cuando quiera que se verifiquen algunas circunstancias, su negación consiste en el desconocimiento de esta distinción, es decir, en una proclama a la igualdad entre regímenes normativos, administrativos y comunes.

Sin profundizar en el principio o derecho a la igualdad de talante revolucionario, este es uno de los grandes logros del liberalismo y en general del estado de derecho, al que tradicionalmente se le han reconocido unos alcances mínimos: 1) la prohibición del legislador de hacer discriminaciones entre los distintos sujetos de derecho; 2) la obligación que tiene el legislador de apreciar las diferencias existentes entre los sujetos de derecho con la finalidad de no incluirlas y, por el contrario, evitarlas al momento de hacer las leyes y; 3) la prohibición que tienen las distintas autoridades públicas de desarrollar discriminaciones entre sujetos de derecho en cumplimiento de la ley ⁶.

Así mismo, fruto de la ideología liberal burguesa que lo ha impulsado se ha manifestado principalmente a través de dos situaciones precisas: la igualdad ante la ley y la igualdad ante el pago de impuestos ⁷. Para los efectos de este trabajo resulta de particular importancia la reflexión sobre la primera, en la medida en que la existencia de dos regímenes paralelos –derecho común y derecho administrativo– implicaría el quebrantamiento de este principio derecho, pero principalmente logro del constitucionalismo y la teoría del estado, toda vez que en la práctica no existiría igualdad de los sujetos de derecho ante la ley, ya que a aquellos con naturaleza pública se les aplicaría un régimen distinto (administrativo).

De manera independiente al rigor terminológico que se adopte frente a la consideración del estado, podría decirse que “estamentos públicos” existían desde antes de las revoluciones liberales (corona, cortes, parlamentos) y, en este sentido, lo que se produce con el estado de derecho posrevolucionario no es un reconocimiento material de estos, sino un reconocimiento formal, así como la

aparición de otros, estos sí novedosos (por las constituciones políticas pero principalmente por la ley); lo que resulta relevante, sin embargo, es el sometimiento de estos al derecho. En términos más exactos y cortos podría decirse que el principal logro del estado de derecho posrevolucionario es el reconocimiento de antiguos –que persisten– y nuevos estamentos públicos como sujetos públicos, es decir, como sujetos de derecho ⁸ .

Si la condición de sujeto de derecho implica tener derechos y obligaciones, la discriminación entre sujetos de derecho público y sujetos de derecho privado es, a todas luces, contraria al principio liberal de la igualdad sobre el que se cimienta la nueva forma de estado. Esta discriminación “inviabile” resulta evidente cuando quiera que se analizan relaciones entre sujetos públicos y privados, y en mínima o nula medida, cuando se hace referencia al cumplimiento ordinario de funciones públicas; dicho de una manera corriente, es comprensible cierta discriminación desde un plano constitucional, principalmente en lo atinente a su contenido orgánico, pero no desde un plano administrativo, que caracteriza interacción cotidiana entre sujetos públicos y privados.

Cuando se analiza principalmente la responsabilidad de unos y otros sujetos de derecho, y en este campo se hacen distinciones, se aprecia con evidencia una “discriminación inviable de sustentar” al menos bajo una óptica liberal del estado en el que la igualdad es una de sus pilastras.

Esta consideración teórica, coherente y consecuente con la ideología liberal no puede, sin embargo, apreciarse de manera descontextualizada de la historia, ni con alcances absolutos y atemporales; su manifestación más evidente se ha dado a inicios del siglo XX por parte de la doctrina juspublicista inglesa y se ha fundado principalmente en la construcción teórica de la rule of law ⁹ . Una aparente dualidad de posiciones teóricas (aceptación o negación del derecho administrativo) intensamente analizada por la doctrina ¹⁰ , ha cedido en tiempos más recientes a reconocimientos más o menos amplios de un derecho administrativo cuya deontología se desarrolla en algunas oportunidades por caminos cercanos a una rígida diferencia y, en otras, por caminos flexibles y con amplia influencia del derecho privado ¹¹ .

Justamente, por esta verificación de la realidad consideramos desacertado continuar pensando en la existencia de dos bandos teóricos y georeferenciados por demás, así como promover desde la doctrina, antipatía por uno u otro modelo (aparentes más que cualquier otra cosa); la incertidumbre de los límites

entre lo público y lo privado que respiramos en la actualidad, debe aprender de estas diferencias en la forma de asumir la igualdad de los sujetos de derecho (públicos y privados) frente a la ley, para poder plantear la vigencia de los modernos derechos administrativos, en términos concretos y reales y alejados de las pasiones de otras épocas.

Las consideraciones doctrinarias en torno a la negación histórica de nuestra disciplina deben servirnos para intentar entender lo que tenemos, también es trascendental para la reconstrucción del derecho administrativo la revisión de los desarrollos doctrinarios de aquellos países donde la rule of law ha marcado un camino de un derecho administrativo real y existente, pero más flexible frente a realidades principalmente económicas, que fuerzan replanteamientos permanentes entre producciones normativas públicas y privadas.

B. EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por tratarse de una disciplina jurídica que se ha formado –al menos en sus inicios– principalmente en Francia, es común encontrar referencias sobre su génesis en el movimiento revolucionario de este país ¹² . Como lo indicaremos enseguida, esto tiene una justificación, pero de modo alguno es una verdad absoluta, toda vez que son las ideas liberales en general, así como la exigencia o voluntad de construir un régimen normativo especial, las que constituyen el presupuesto histórico necesario para la aparición de un derecho administrativo.

Lo anterior no obsta para que no se identifique una peculiaridad francesa, que al menos en confrontación con los movimientos inglés y estadounidense, resulta definitiva para los inicios de la construcción teórica que nos interesa. El principio y/o derecho a la igualdad, que se esboza en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 ¹³ , pese al indiscutible nacimiento coetáneo de la forma de derecho del estado francés, es predicable, al menos en lo atinente a su configuración frente a la ley ¹⁴ , de los hombres y no de personas jurídicas públicas y privadas ¹⁵ , sobre todo de las primeras; dicho de una manera más clara: el estado se somete al imperio de la ley pero no es igual a los hombres, también sometidos a ella.

Las razones históricas de esta forma de concebir el rol del estado, frente a uno de los más importantes principios revolucionarios franceses ¹⁶ no son claras ¹⁷ pero indiscutiblemente guardan una estrecha relación con la inspiración iusnaturalista que caracterizó la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano por una parte; y por la otra, la marcada influencia del derecho público romano ¹⁸ , muchas veces desconocido tratándose de estos argumentos. Igualmente vale la pena llamar la atención sobre una realidad administrativa evidente que coadyuva también a esta consideración: la ausencia o baja presencia de personas jurídicas, así como la verificación de una administración pública precaria, ajena aun a construcciones burocráticas y a la identificación de un número considerable de entes públicos ¹⁹ .

Esta peculiaridad implica una falta de sometimiento de las instancias públicas al

derecho; esta idea liberal es sin duda, también la principal fortaleza de la edición francesa de este tipo de revoluciones, sólo que no se discute siquiera la posibilidad de que ello signifique una igualdad entre los agentes públicos y privados ²⁰ . Se parte, entonces, de un reconocimiento de ambos como sujetos jurídicos, pero de una desigualdad de estos frente a la ley ²¹ que a su vez se justifica a partir de los pilares democráticos como el principio de legalidad y la legitimidad democrática de la acción de los sujetos públicos.

Así, puede decirse que los mismos principios (liberales) que sirvieron para gestar y desarrollar una negación del derecho administrativo en Inglaterra, sirvieron para sustentar la idea de un *droit administratif*. Un sustento que de manera indiscutible parte de la base de reconocer el fenómeno administrativo como un fenómeno de poder, y la consecuente necesidad de soportar éste, en una legalidad plenamente apoyada y legitimada en términos democráticos.

La desigualdad entre sujetos públicos y privados se justifica entonces, a través de la legitimidad democrática que soporta el ejercicio de actividades de las administraciones públicas y el sometimiento de estas a la ley. En la medida en que los entes públicos encuadren su actividad en los mandatos expresos de la ley y su composición y ejercicio obedezcan los imperativos de legitimidad en términos democráticos, no va a existir razón para dudar de las diferencias entre estos, y los privados que se forman al interior del ordenamiento jurídico ²² .

Para una mejor comprensión, como antes lo insinuamos, la construcción teórica indicada debe apreciarse en un contexto histórico preciso, caracterizado por unas administraciones públicas en absoluto similares a las actuales en términos cuantitativos y cualitativos ²³ . Se trata de un aparato administrativo muy pequeño que en medida mínima afecta las libertades individuales propias del liberalismo ²⁴ y que su ejercicio se caracteriza principalmente en manifestaciones de poder ²⁵ orientadas a garantizar y prevenir un “orden público” ²⁶ .

Existía pues un ambiente propicio para la construcción del sustento teórico de la desigualdad ante la ley entre sujetos públicos y privados; un ambiente en que existía claridad total de lo que hacían unos y otros, un ambiente en que las administraciones públicas se limitaban a ejercer poder y eran ajenas a actividades de tipo prestacional, y aún más empresarial, y un ambiente en el que estas, sólo excepcionalmente limitaban derechos y libertades individuales, siempre sustentadas en el ejercicio legítimo (en términos democráticos) de la ley

Con estos presupuestos históricos y políticos se dan algunos reconocimientos estatales de la existencia de un número considerable de normas que rigen situaciones públicas de manera distinta a como eran reguladas tradicionalmente o como lo siguen siendo en el caso de sujetos privados ²⁸ . Uno de los primeros reconocimientos, o al menos el más documentado y referido doctrinalmente de esta realidad es el desarrollado por la conocida Escuela de Inventario de la Universidad de París ²⁹ .

Un grupo de profesores (Macarel, Cormenin y De Gérando, et ál.) adelantaron un inventario normativo sobre las reglas que involucraban a las administraciones públicas de inicios del siglo XIX en Francia y evidenciaron una diferencia de éste en relación con el derecho común ³⁰ . Este hecho ³¹ considerado como una de las primeras manifestaciones doctrinarias del naciente *droit administratif* representa en nuestro entender una primera etapa necesaria para la construcción de unas bases teóricas del derecho administrativo: reconocer la existencia de un cuerpo de normas que más que en su objeto material se diferencia de aquellas del derecho común por su contenido y desarrollo y no sorprenderse con este reconocimiento al servirse para ello de la verificación de unos presupuestos políticos, históricos y constitucionales, como son la existencia del principio de legalidad y el sustento de legitimidad democrática de la acción administrativa.

No obstante, este “esfuerzo” estuvo desprovisto de la intención de justificar y/o explicar el porqué de esta diferencia; es probable que los presupuestos históricos, políticos y constitucionales aludidos, fueran suficientes para presentar su reconocimiento. Sin embargo, para la doctrina sucesiva esto no bastaba y se requería consecuentemente lograr explicar el porqué de esa diferencia normativa en el tratamiento de sujetos de derecho públicos y privados; esta preocupación se fundaba probablemente en requerimientos metodológicos y de rigor teórico para una disciplina naciente, pero también obedecía a una respuesta coherente a las críticas que empezaban a darse principalmente desde Inglaterra, basadas principalmente en la incomprensión y rechazo de la desigualdad entre públicos y privados y la apreciación de esa desigualdad como privilegio para los sujetos públicos ³² .

Es difícil esquematizar esta producción doctrinaria, sin pecar por omisiones o asociaciones incorrectas; centramos sin embargo nuestra atención en aquellas construcciones que de manera expresa se enfrentaron con un considerable grado de originalidad al problema y nos permitimos reunir las y asociarlas simplemente para efectos didácticos y comprensión de nuestro trabajo. Con esta advertencia

nos permitimos presentar las construcciones teóricas sobre la justificación del derecho administrativo en relación con el sujeto, con el objeto y con la finalidad.

1) Justificación subjetiva del derecho administrativo

Según ésta, resulta procedente un régimen jurídico administrativo siempre que se pretenda reglar una situación en la que haga parte un sujeto público.

Se deriva de ello, que dependiendo del grado de amplitud o restricción que se le atribuya al concepto de “sujeto público” y/o a la cantidad de estos, se tendrá un régimen jurídico administrativo más o menos extenso. Sobre lo primero vale la pena indicar que algunos identifican a éste con el concepto de administración pública como manifestación orgánica de la rama ejecutiva del poder público ³³ ; mientras que otros lo identifican con cualquier órgano o ente de naturaleza estatal ³⁴ . Sobre lo segundo, se subraya la necesaria revisión histórica que esta aproximación teórica demandaría, toda vez que, como se señalará en el segundo capítulo de esta parte, que las administraciones públicas han variado de manera cualitativa y cuantitativa dependiendo de la visión del estado que se tenga en general y de manera particular la visión económica que se tenga de este.

Independientemente de esta heterogeneidad de interpretaciones se deduce que la razón de ser del estado o de parte de sus componentes justificaría –según esta corriente– su tratamiento jurídico diferenciado en consideración al derecho común, es decir, su régimen jurídico administrativo ³⁵ . Se evidencia entonces una marcada influencia revolucionaria (francesa), toda vez que, como apenas señalábamos, la distinción entre sujetos públicos y privados no se deriva en el pensamiento revolucionario de nada distinto a la consideración del rol de estado, su sometimiento al imperio de la ley y la legitimidad en términos democráticos de sus actuaciones.

Resulta claro desde esta perspectiva que relaciones jurídicas en las que hacen parte sujetos que ejercitan legítimamente el poder público (sujetos públicos) no pueden reglarse por las normas comunes sino por un derecho administrativo. El elemento del poder público, aunque no sea el que se utilice para la construcción de esta justificación teórica, está presente por ser una de las características principales del aparato estatal en la lógica revolucionaria.

Así mismo, en la medida en que se materialice de manera más puntual la idea de la separación de las ramas del poder público se hará evidente que la interacción

de sujetos públicos entre sí y con particulares, que implica la existencia de unas reglas claras para ello, se materializa principalmente –y casi exclusivamente– en el caso de la rama ejecutiva. Una visión estrecha de los sujetos públicos que los identifica con los componentes de la rama ejecutiva, no sale de la idea de alguno o algunos, sino de la madurez de uno de los principios medulares del naciente estado de derecho ³⁶ .

En este orden de ideas, los cambios que se han suscitado en la lectura a la tridivisión del poder público, es decir, el reconocimiento de la evolución de ésta, caracterizados entre otros por la también asunción de funciones administrativas por parte de las otras dos ramas del poder público, así como por particulares, han traído consigo la dificultad de sustentar esta justificación del derecho administrativo, al menos en términos convencionales.

2) Justificación objetiva del derecho administrativo

En un sentido amplio, según esta justificación, resultaría procedente un régimen administrativo siempre que se identifique un objeto determinado. Se demandaría entonces la identificación de un objeto preciso; de manera similar a como acontece en el caso de otros subsistemas normativos u otras ramas del derecho.

Esta identificación ha representado, sin embargo, desde una perspectiva histórica uno de los grandes problemas del derecho administrativo. Como se anotó, el origen de este “no es muy normal” ya que no se verificó por la identificación de una o unas situaciones o relaciones que demandaban una unidad en su estudio, sino por la necesidad de crear y justificar un régimen normativo paralelo (al común), que no entraría a reglar situaciones novedosas, sino tradicionales o comúnmente reguladas por el derecho convencional, sólo que bajo una lógica distinta, es decir, la de la verificación de sujetos públicos sometidos ahora al imperio de la ley.

Por este motivo consideramos viable afirmar que el derecho administrativo nació sin un objeto preciso, e inclusive en sostener que esto ha implicado que estemos de frente a una disciplina, que aun en la actualidad, no tiene claro su objeto de estudio ³⁷ .

Esta curiosa característica del derecho administrativo, de manera alguna significa que no se hayan producido construcciones doctrinarias orientadas a identificar su objeto. Estas son varias y parten de supuestos disímiles, y esta heterogeneidad ofrece gran importancia para el estudio de nuestra disciplina. Sin embargo ha comportado, también, una dificultad en la comprensión del problema teórico señalado, de encontrar una justificación de la procedencia de un régimen jurídico calificable como derecho administrativo.

Es común encontrar referencias desde esta perspectiva a la probablemente más importante construcción doctrinaria del derecho administrativo francés, conocida como la teoría de las prerrogativas públicas o de la *puissance publique*. Según ésta, la justificación del régimen administrativo guarda una estrecha relación con la verificación del necesario ejercicio de prerrogativas públicas por parte de algunos sujetos de derecho –en su origen públicos–; es entonces la capacidad

que tienen de imponerse legítimamente algunos sujetos frente a otros lo que justifica la procedencia de un régimen jurídico administrativo ³⁸ .

De esta justificación vale la pena relevar la indiferencia que suscita la naturaleza pública o privada de los sujetos de derecho en la determinación de su régimen jurídico; de manera evidente se aleja de la connotación subjetiva, antes referida, aunque en el momento histórico de su producción ésta no hiciera pensar más que en sujetos públicos ³⁹ . Así mismo, es importante percatarse de que, en términos estrictos, la connotación objetiva de esta justificación no nace de la identificación de una actividad o unas actividades precisas que merecen ser regladas por el derecho administrativo sino, más bien, de una forma de actuar que se justifica por la existencia misma del estado y que se materializa a través de la imposición legítima de “normas” ⁴⁰ que pueden tener unos sujetos, sobre otros en el curso de sus relaciones.

Las dificultades aludidas, que ha debido afrontar la justificación subjetiva del derecho administrativo con ocasión de la evolución del principio de división de las ramas del poder público, no son predicables de esta justificación. Sin embargo, al partir ésta de un supuesto fáctico como es el ejercicio de prerrogativas públicas, pareciera dejar al arbitrio de la política legislativa la atribución de estas; aspecto más o menos pacífico en el momento histórico de su producción, cuando las prerrogativas eran sólo de los sujetos públicos y la teoría del estado servía para llenar de contenido ese fundamento; pero no en la actualidad, en que sujetos privados, así sea excepcionalmente, también pueden detentar prerrogativas de esta naturaleza.

Así mismo, esta visión pareciera desconocer una realidad del fenómeno administrativo relativo a la acción de las administraciones públicas, como es la posibilidad de que estas se manifiesten sin imponerse frente a los particulares, es decir, que desarrollen actividades que no implican ejercicio de prerrogativas públicas.

Como se dijo, la teoría de las prerrogativas públicas es sólo una de las construcciones teóricas –sin duda la más significativa– que pretendió, desde una perspectiva objetiva justificar la existencia del derecho administrativo. Otras construcciones han centrado más su atención en la producción de tentativas de identificación de actividades que dan lugar a regímenes jurídico administrativos; en estas apreciamos, en primer lugar, un fuerte nexo teleológico, verbigracia el servicio público o el interés general, motivo por el cual las consideramos al

interior de la siguiente justificación y, en segundo lugar, un contenido bastante amplio y por consiguiente coincidente con una idea de administración pública en sentido material, es decir, estrechamente vinculadas con el concepto de función administrativa, al cual haremos referencia en el segundo capítulo.

3) Justificación teleológica del derecho administrativo

Finalmente, según esta justificación, el régimen jurídico administrativo resulta procedente siempre que se identifiquen unas finalidades precisas inmersas en algunas relaciones entre sujetos de derecho. Como se aprecia, en un sentido amplio, se identifica con la justificación objetiva, toda vez que deja de lado, la atención en la naturaleza de los sujetos participantes y la centra, en el elemento teleológico que no es nada distinto, en última instancia, al objeto.

Esto implica, al igual que señalábamos a propósito de la justificación objetiva, que se haga necesario bajo esta óptica identificar unas finalidades precisas de unos sujetos, capaces de sustentar, por ellas mismas, la procedencia del régimen jurídico administrativo. Aquí también pueden constatarse distintas manifestaciones doctrinarias, a veces cargadas de ideologías precisas, pero en general que corresponden a la identificación superior de las finalidades del estado.

La visión teórica y filosófica que se tenga del estado ha comportado, consecuentemente, justificaciones del derecho administrativo que bajo esta perspectiva van desde el “bien común” o la “justicia conmutativa”, hasta el “interés general” o el “servicio público”, para citar sólo algunas de sus manifestaciones ⁴¹ .

La más publicitada de estas construcciones es, sin duda, alguna la teoría del servicio público ⁴² , es decir, la consideración de este concepto como el único capaz de justificar la procedencia del derecho administrativo. Conforme a la situación de las justificaciones teleológicas ya esbozada, ésta se funda en una concepción de estado cuya finalidad última es la prestación de servicios públicos; el distinguido constitucionalista Leon Duguit en el seno de la conocida como Escuela de los servicios públicos o de Burdeos, señaló, que estos eran la razón misma de la existencia del estado y, en última instancia, el poder público se justificaba por ellos ⁴³ .

Esta idea de estado llevada a un plano jurídico administrativo, implicaba que éste resultaba procedente en cuanto era un régimen idóneo para permitir la prestación armónica de unos servicios ⁴⁴ que se orientaban, entre otros, por los

principios de igualdad, permanencia y continuidad ⁴⁵ . Los servicios públicos no tenían un alcance restringido ni similar a la consideración actual para la Escuela de Burdeos, eran en cambio, el concepto totalizador de las finalidades públicas que demandaba la construcción de un régimen jurídico distinto al derecho común.

Vale la pena anotar que también en la época de la construcción de esta teoría, existía una coincidencia exacta entre sujetos públicos y sujetos prestadores de servicios públicos; por esta razón, ésta afrontó una crisis histórica cuando quiera que se verificó que los sujetos públicos por una parte no sólo prestaban servicios públicos, sino también desarrollaban otro tipo de actividades ⁴⁶ ; y por la otra, que sujetos privados por encargo preciso del estado o a través de la realización de instrumentos jurídicos de diversa índole, podían también eventualmente prestar tales servicios ⁴⁷ .

Ésta y otras construcciones doctrinarias de esta perspectiva tuvieron el mérito de llamar la atención a la necesidad de una justificación teleológica para el derecho administrativo, capaz no sólo de asumir los cambios que podían sobrevenir tratándose de los sujetos públicos, sino también de desviar la atención que se había centrado en razones exclusivas de estado y poder. Sólo con justificaciones de naturaleza teleológica el derecho administrativo se perfila con características propias capaces de justificar su esencia, aun por fuera del razonamiento de sujetos públicos.

Sin embargo, la tradición de esta justificación se ha caracterizado por construcciones con una amplia carga ideológica y deontológica del estado, que han desviado la atención y muchas veces han descuidado el lugar idóneo de donde se puede deducir de manera inequívoca la teleología del estado: la Constitución Política. El positivismo jurídico, principalmente aquel de tipo formal, se ha descuidado también por largos años del alcance normativo de los fines del estado insertos en las cartas políticas; esta doble visión de un mismo problema ha comportado cierta precariedad en la apreciación científica de una justificación teórica del derecho administrativo que, como dijimos, es capaz de deslindar la discusión de esta disciplina jurídica de las discusiones de poder político y de sujetos públicos.

Luego de esta referencia superficial de las concepciones teóricas que han soportado la idea de la existencia del derecho administrativo, y en atención a los propósitos metodológicos de este trabajo, resulta pertinente preguntarse ¿y en

Colombia, cuál de las concepciones teóricas aludidas tuvo más arraigo?

Lo anterior resulta obvio en la medida en que los fundamentos de derecho administrativo que nos proponemos presentar deben atender la realidad jurídico positiva nacional, para efectos de amalgamar una formulación teórica que cumpla con el rigor propuesto.

Al respecto, vale la pena anotar que la doctrina nacional sobre la disciplina que se estudia, no ha sido extensa y, en buena medida, se ha caracterizado no sólo por la importación irreflexiva de no pocas instituciones foráneas sino por la implementación de una metodología, donde lo general y lo especial (fundamentos y derecho positivo) han sido concebidos de manera excesivamente separada, así como por la adopción de construcciones doctrinarias de otras latitudes y longitudes, que en el mejor de los casos, obedecieron a sus innovaciones jurídico positivas, cuando no, constituyeron a su vez copia de otro modelo.

La comprensión de este aspecto, a nuestro juicio, puede lograrse a través de la revisión de dos situaciones distintas: por una parte, el surgimiento en Colombia de una Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y por la otra, la revisión de las primeras obras doctrinarias de derecho administrativo nacional, o al menos, las más significativas, que se produjeron en la primeras siete décadas del siglo XX.

En lo que respecta al surgimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se debe advertir desde ya, que a diferencia de otros países, la comunión entre ésta y el derecho administrativo nacional no ha sido perfecta en el caso colombiano ⁴⁸. Esta situación no obsta para no poder reconocer, que en la medida en que se esbozó una jurisdicción independiente para que conociera de las controversias administrativas, se fue construyendo, no sólo jurisprudencialmente sino también con derecho legislado, un derecho administrativo.

En esta construcción se evidenció, en nuestro pensamiento, una proximidad muy grande a una concepción objetiva fundada en las prerrogativas públicas, al menos en la primera mitad del siglo XX, mientras que en la segunda se evidenció una marcada influencia de la concepción teleológica del servicio público, que comportó una apertura de la disciplina jurídico administrativa, a temas de antaño estudiados por el derecho común, como lo eran los contratos

estatales y la responsabilidad extracontractual del estado.

Esta situación se desarrollará en el quinto capítulo. La construcción de una fundamentación teórica del derecho administrativo acorrala muchas veces a quien intenta trabajar en ella, en la metáfora del huevo y la gallina; para efectos de una mejor comprensión de las ideas que nos proponemos con este trabajo sugerimos la revisión de este aspecto en su respectivo momento. Más difícil, resulta la revisión de la segunda de las situaciones, es decir, de la doctrina nacional con base en la realidad cuantitativa y metodológica, antes referida.

Llama la atención la que probablemente es la primera obra monográfica de derecho administrativo nacional ⁴⁹, donde los profesores de la Universidad Externado de Colombia y el Colegio Ramírez, apuntan hacia la urgencia de elaboración de un “Código Administrativo” que recoja de manera uniforme, las disposiciones dispersas que regulan el funcionamiento de las administraciones públicas (muchas de ellas de origen reglamentario).

En relación con el referente teórico no sólo de la mencionada codificación sino del estudio de un “derecho administrativo colombiano” se apunta en esta obra que existen tres posibilidades de ello: un derecho administrativo que se funda en los fines del estado, un derecho administrativo que se identifica con un conjunto de normas como las aludidas anteriormente, y un derecho administrativo que se identifica con la rama ejecutiva ⁵⁰.

Otras construcciones doctrinarias, en la línea del derecho administrativo latinoamericano de la primera mitad del siglo XX –principalmente centroamericano– hacen una presentación del derecho administrativo muy vinculada al régimen político del estado colombiano. En este sentido se pueden constatar algunas consideraciones de derecho comparado, en torno a la estructura y fundamentación teórica de los estados, que constituye fundamento para un derecho administrativo ⁵¹.

Más recientemente también se han presentado consideraciones orgánicas sobre la fundamentación del derecho administrativo, donde éste es identificado con una concepción orgánica de administración pública ⁵². Esta situación según lo anotado, tuvo bastante difusión aunque en la actualidad, según se indicará más adelante, presenta bastantes dificultades no sólo en términos “progresistas” del derecho administrativo nacional sino también desde una perspectiva histórica.

En nuestra opinión, por la cercanía con un concepto moderno de función administrativa que se inspira en concepciones teleológicas y objetivas, resultan más interesantes las consideraciones recientes de un derecho administrativo como concreción de la Constitución Política y, en este sentido, estrechamente vinculado no con todas las funciones del estado, sino con aquella administrativa o ejecutiva, que debe diferenciarse de las funciones legislativa y judicial ⁵³ .

Como se observa, existe todo menos una unidad doctrinaria en la materia, lo que analizado de manera conjunta con las ideas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo nos llevan a formular una idea: en Colombia tradicionalmente el derecho administrativo nacional no ha sido concebido con una fundamentación orgánica, sino sobre todo objetiva y más recientemente teleológica.

En efecto, a inicios del siglo XX el naciente derecho administrativo no tuvo una fundamentación orgánica, es más, su principal sustento fue objetivo y se construyó en torno al concepto de las prerrogativas públicas. En la segunda mitad de ese siglo, esta consideración fue cediendo progresivamente a una concepción teórica teleológica, donde a más de las decisiones unilaterales de la administración, fueron tomando importancia los contratos, comprendidos como instrumentos para la realización de una función administrativa y con esta misma lógica se empezó a distanciar del derecho común, la idea de responsabilidad del estado.

Sin duda alguna, en este momento histórico pudo haber existido una coincidencia de concepciones teleológicas y orgánicas, toda vez, que si bien se vislumbraba una función administrativa como motor de la disciplina que se estudia, ésta era ejercida solamente por las administraciones públicas, y resultaba difícil observarlas desarrollando actividades que no fueran susceptibles de encuadrarse dentro de esta función.

Sin embargo, esta posible identidad se fue perdiendo, y en ese sentido se respalda nuestra idea de la ausencia de una concepción teórica orgánica, en la medida en que el derecho positivo comenzó a concebir algunas manifestaciones de administraciones públicas que no se regulaban por el derecho administrativo pese a su naturaleza, y cuya fundamentación de ello era su objeto industrial y comercial ⁵⁴ .

A esta situación que aún persiste en algunas modalidades de organización administrativa, tal y como se advertirá en la segunda parte de este trabajo, se le

debe agregar, la también tendencia –más reciente aún– de establecer hipótesis en que los particulares se rigen por el derecho administrativo ⁵⁵ .

Con base en los temores metodológicos aludidos de la metáfora del huevo y la gallina preferimos presentar esta tesis desde ya, la cual esperamos sustentar de manera detallada en las siguientes páginas, donde se analizarán con algo más de profundidad, los argumentos apenas referidos y que sirven de soporte.

Finalmente, y habida consideración de la también naturaleza descriptiva de este trabajo, según se indicó en su introducción, consideramos imperdonable no mencionar algunas construcciones recientes, que apuntan hacia el señalamiento de una génesis del derecho administrativo colombiano, no necesariamente amarradas al seguimiento de modelos europeos y especialmente franceses, sino que se concentran en la propia producción, principalmente de influencia indiana.

La sustentación de una idea de tal naturaleza, no es ya especulación académica, encuentra manifestaciones específicas, en las que a partir del análisis de la denominada “ciencia de policía” de la que hemos hecho somera referencia en este capítulo, se presenta y analiza una producción normativa cuyo estudio y comprensión podrían apuntar hacia un incipiente derecho administrativo ⁵⁶ .

En nuestra comprensión, esta situación debe tenerse en cuenta, al igual que algunos referentes teóricos, contruidos principalmente en Europa, los que más que derecho comparado o referente de copia, deben servirnos para la comprensión y consiguiente construcción teórica de unos fundamentos, que encontraron en el antiguo continente un contexto histórico propicio que no nos resulta ajeno, por nuestra propia historia, pero también por la, a veces, adaptación o asimilación irreflexiva que hemos hecho del mismo y, por ende, del derecho administrativo que tenemos en nuestros días.

Conclusión. De la justificación del derecho administrativo a la construcción de una explicación de sus características y diferencias. Objeto de unos fundamentos del derecho administrativo.

La identificación de regímenes diferenciados –comunes y administrativos– con mayor o menor amplitud es una constante global actual; pueden cambiar las

denominaciones, las materias, las razones, los sujetos comprometidos, pero es una realidad fáctica verificable ⁵⁷ . Ésta, como lo indicamos, necesita de unos presupuestos que desbordan su connotación teórica liberal y se esgrimen como efectivos mandatos contenidos en las Cartas Políticas actuales: la existencia de un poder público dividido –o poderes–, de un principio de legalidad y de una legitimidad política –democrática en las más de las veces– de quienes ejercitan de una u otra forma los poderes públicos aludidos ⁵⁸ .

Esta idea sustenta la ausencia de una efectiva negación teórica a la existencia del derecho administrativo; por este motivo, la justificación de nuestra disciplina jurídica no debe estar más en la base de su construcción teórica. Hoy, antes que justificar la existencia del derecho administrativo, hay que poder explicar sus diferencias frente al derecho común y este imperativo, que encuentra origen en la necesaria aplicación de uno de los pilares de nuestros estados modernos, la igualdad, constituye sin duda alguna el fundamento teórico principal de esta disciplina.

La parte general del derecho administrativo o si se prefiere sus fundamentos teóricos debe estar conformada, en primer lugar, por una explicación coherente de las diferencias deontológicas del derecho administrativo frente al derecho común que no riña con la vigencia de la igualdad y, en segundo lugar, por la selección de unas bases objetivas y materiales que sirvan para entender los desarrollos jurídicos positivos que se produzcan fundados en esa diferencia.

Esto, como lo hemos formulado en este capítulo, no puede producirse de manera atemporal y con pretensiones universales; se hace necesario apoyarse en la producción normativa que se pretende explicar y principalmente, en aquella de rango constitucional, de modo que de manera sistémica se construyan unas bases coherentes con la realidad social. Estas bases, más que de instrumento de análisis y comprensión de la normatividad existente, deben servir de fundamento para la producción normativa futura, es decir, como instrumento de política legislativa ⁵⁹ .

La metodología que se deriva de esto, consecuente con los propósitos planteados en la elaboración de este trabajo, debe apreciar en su justa dimensión las distintas justificaciones que del derecho administrativo ha construido la doctrina. Estas ofrecen cierta cercanía temporal y fueron desarrolladas a partir del reconocimiento de presupuestos comunes como la identificación entre administraciones públicas, prerrogativas públicas y finalidades públicas; un rol

del estado influenciado por la ideología liberal (clásica) o al menos caracterizado por tímidas manifestaciones prestacionales y, aún más, empresariales de las administraciones públicas; una lectura rígida del principio de separación de las ramas del poder público; y un rol ausente de los particulares en materia de actividades públicas, entre otros.

No por esto la apreciación de estas construcciones teóricas deja de ser importante y, por el contrario, su análisis y estudio ofrece luces indiscutibles en el propósito de explicar la diferencia y con base en ello trazar bases para la mejor comprensión del régimen jurídico administrativo.

Con esta premisa nos valemos de ellas para afirmar que el derecho administrativo no puede concebirse en la actualidad como el derecho de las administraciones públicas, pues el derecho de estas es, sin duda alguna, el administrativo pero también el privado y a su vez estas no son las únicas destinatarias del régimen administrativo ⁶⁰.

Si se trata de diferenciar el derecho administrativo del derecho común, esto no puede hacerse sino con base en requerimientos teleológicos que se derivan del texto político –y que se predicen del estado y no únicamente de las administraciones públicas– que sirven de presupuesto para el ejercicio legítimo de prerrogativas públicas en cabeza de algunos sujetos de derecho.

La relatividad de la distancia entre la justificación del derecho administrativo que se funda en las prerrogativas públicas y la que lo hace en las finalidades públicas, ha sido ya sostenida por la doctrina ⁶¹. Este análisis coincide con la idea manifiesta de que las prerrogativas públicas deben fundarse en la teleología del estado contenida principalmente en el texto político, ya que de no ser así, se puede predicar de ellas con absoluta tranquilidad su ilegalidad e ilegitimidad.

Esta reflexión deja una inquietud que debe ser absuelta. ¿El objeto de los fundamentos del derecho administrativo que sirve para explicar su diferencia con el derecho común debe limitarse al análisis de la concreción de las finalidades públicas a través de prerrogativas?, o por el contrario, ¿puede extender su análisis a otro tipo de manifestaciones de sujetos de derecho en desarrollo de las finalidades públicas?

La respuesta a esto no puede derivarse del análisis de las justificaciones teóricas del derecho administrativo aludidas, tampoco puede construirse de manera

exclusiva con un análisis jurídico positivo de las finalidades públicas contenidas en el texto político. Consideramos que con este propósito deben analizarse también los argumentos de la actividad y la actuación administrativas, temas que serán analizados en los capítulos tres y cuatro, una vez se haga una referencia de derecho positivo y principalmente constitucional que logre trazar unas luces para la construcción aludida.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Premisa. La administración pública y su estrecha relación con el derecho administrativo.

Tradicionalmente se ha comprendido el derecho administrativo como el derecho de un tipo específico de administración: la administración pública. Ésta, por su parte, desde una acepción corriente y cotidiana, alcanza dos comprensiones distintas: como verbo y como sustantivo; en efecto, es común encontrarse con alusiones tales como la administración es eficaz, es corrupta, es eficiente; pero también, la administración es jerarquizada, desorganizada o rígida.

Pese a esta dualidad se puede decir también, en términos generales, que la alusión más común de las dos, apenas aludidas, es la de sustantivo; al menos si se limita su análisis a la visión jurídica. Las razones de esto, en nuestro sentir, son obvias y tienen una explicación histórica: el mundo de lo jurídico desde su comprensión inminentemente normativa se ha encargado desde el nacimiento de los estados de derecho, de contener la descripción de la administración pública y en general del aparato burocrático del estado, y esto en sí mismo ha constituido una garantía ciudadana ⁶².

De esta manera, si las normas nos han dicho históricamente cómo está conformada, cómo se estructura y cómo se organiza la administración pública, resulta coherente, que la comprensión más común de la misma, sea la de sustantivo, es decir, la de estructura, órgano o sujeto.

Esta situación ofrece un problema teórico que esperamos desarrollar en las siguientes páginas: si el derecho administrativo es el derecho de la administración pública ¿cómo se explica la aplicación de regímenes normativos jurídico administrativos a sujetos distintos a las administraciones públicas en el sentido formal apenas aludido? y ¿cómo se explica, en este mismo sentido, la inaplicación del derecho administrativo a comportamientos de las

administraciones públicas?

Como se observa, estos problemas requieren comprender el derecho administrativo de manera distinta a la identificación referida: derecho administrativo como derecho de la administración pública o, cuando menos, entender la administración pública como verbo y no como sustantivo. Si esto es así, se sucede una ulterior pregunta: ¿Se justifica entonces que en nuestros días, el derecho administrativo comprendido como disciplina ⁶³ contenga un capítulo imprescindible de estudio de la estructura administrativa? Una primera aproximación a estos interrogantes se hará en el presente capítulo.

La causa de las inquietudes señaladas puede tener que ver con dos razones principales: por una parte, una lectura desprovista de un análisis histórico del nacimiento del derecho administrativo como derecho de la administración pública, que ha comportado una intención consciente o inconsciente por perpetuar instituciones propias de una lógica liberal del estado; por la otra, una tendencia doctrinaria renuente a sepultar construcciones e instituciones inservibles, que no ha encontrado problemas en diseñar argumentaciones “coherentes” al momento de fundamentar el derecho administrativo con el reconocimiento inagotable de todo lo producido.

Si resulta incoherente en la actualidad concebir los fundamentos de una disciplina que debe estudiar la complejidad de unos sujetos que se califican unívocamente como administración pública, y que debe explicar una actividad que justifica un tratamiento diferenciado en relación con el derecho común, en la medida en que no existe una coincidencia entre ambos; la reacción lógica es dejar de concebir el derecho administrativo como derecho de la administración, al menos si esta última es entendida únicamente desde una perspectiva subjetiva o estructural.

Como lo indicaremos en este capítulo, es difícil separar la doble personalidad o perspectiva que detenta la administración pública: como verbo y como sustantivo. Por este motivo, aunque la segunda sirva para hacer frente al problema anotado, preferimos para evitar equívocos y ser más coherentes con los desarrollos prácticos que verificamos en la actualidad, concebir el derecho administrativo como el derecho de la función administrativa.

Para la sustentación de esta tesis que constituye el núcleo central de este capítulo haremos en primer lugar una revisión conceptual de la administración pública

que nos permita sustentar su contenido y razón de ser “desde su doble personalidad”, así como una aproximación histórica y, de manera alguna, dogmática. En segundo lugar, centraremos la atención en su perspectiva material, es decir, en el concepto de función administrativa, e intentaremos una construcción teórica que permita comprender el objeto de estudio del derecho administrativo, motivación fundamental de este trabajo.

Como se aprecia, nos separamos de una consideración general de la administración pública y centramos la atención en la importancia que ella representa conceptualmente para la identificación del objeto del derecho administrativo. Dicho de una manera más elemental, tomamos de la administración pública únicamente aquello que sirve para nuestro propósito jurídico administrativo, sin desconocer la complejidad teórica que este argumento representa y su relación con otras disciplinas del conocimiento como la sociología, la economía y la ciencia política, aspectos estos principalmente desarrollados por la ciencia administrativa o de la administración.

A. APROXIMACIONES CONCEPTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por administración corrientemente ⁶⁴ se entiende “la acción y efecto de administrar” y, sin embargo, este último vocablo es comprendido como la acción de “ordenar, disponer, organizar” ⁶⁵ . Entonces, pese a que probablemente desde una óptica jurídica sea más recurrente referirse a la administración como un sustantivo, la definición común trasciende esta lógica y centra más la atención en el ingrediente dinámico, al identificarla con una actividad o un conjunto de actividades.

Cuando a este concepto se le adiciona el calificativo “pública” es común pensar en la relación de ésta con el fenómeno estatal, de modo que se entienda como la acción de ordenar, disponer y organizar lo atinente al estado ⁶⁶ .

Sin embargo, a partir de un simple análisis terminológico es inviable realizar esta limitación, toda vez que el fenómeno público, máxime en la actualidad, no se agota con el análisis estatal, sino por el contrario lo trasciende y por ello es común percibir en la actualidad desarrollos doctrinarios de argumentos como la administración pública internacional, comunitaria, transnacional y aun el derecho administrativo internacional o comunitario ⁶⁷ .

Hecha esta salvedad, y subrayando la importancia de la relación existente entre aspectos internacionales y trasnacionales con el concepto de administración pública, centramos nuestra atención en la administración pública del orden estatal y anunciamos la vocación e inclusión de este trabajo en los confines del derecho público interno. Entonces, en esta parte del capítulo afrontaremos el concepto de administración pública, si bien no circunscrito al fenómeno estatal, sí referido y confrontado con este.

La aproximación conceptual señalada ha sido reiteradamente desarrollada por la doctrina jus administrativista; si pudiera subrayarse un elemento común en esta, sería el de la dificultad de definirla de manera unívoca o al menos poco susceptible de confusión. La ubicación histórica de los comienzos de la producción teórica y doctrinaria del derecho administrativo desde inicios del

siglo XIX y su madurez alcanzada a inicios del siglo XX ha comportado una aproximación conceptual a la administración pública con unos rasgos bien precisos, que principalmente se han caracterizado por la comprensión de ésta, frente a las tres ramas del poder público y la doble perspectiva que detiene: material y subjetiva ⁶⁸ .

Así mismo, la aproximación jurídica al concepto de administración pública ha llevado a centrar la atención en la determinación de la estructura administrativa, el señalamiento de las funciones de todos y cada uno de sus componentes y la interacción subjetiva de sus partes con los particulares y las libertades individuales de estos ⁶⁹ . Esto, sin duda alguna, traza una orientación más descriptiva que propositiva y ontológica antes que deontológica. El derecho se ha encargado convencionalmente más del ser que del deber ser de la administración pública y esto, pese a explicarse por algunas razones y logros históricos precisos, ha comportado cierto formalismo en el estudio y análisis del –para muchos– objeto del derecho administrativo.

Los estudios jurídicos sobre la administración pública, principalmente aquellos encaminados a concebirla como objeto del derecho administrativo, han centrado la atención en la calificación “pública” de este sustantivo. La visión histórica que se tenga entonces de lo “público” ha condicionado aproximaciones conceptuales distintas de esta. La manifestación más común de esta realidad puede apreciarse a propósito de la tradicional reflexión (discusión) doctrinaria sobre la posibilidad de concebir una administración pública antes de la existencia del estado (en un sentido moderno), o si por el contrario esto sólo se puede hacer una vez se verifique la existencia de éste ⁷⁰ .

Visiones más heterogéneas y probablemente más complejas sobre la administración pública pueden construirse si la reflexión no se limita a la consideración de ésta como un fenómeno pre o pos estatal, sino si se extiende su análisis a formas más maduras y recientes del estado moderno, es decir, el estado de derecho y el estado social de derecho.

La formación histórica del fenómeno estatal ha condicionado entonces la concepción de la administración pública; podría decirse que el concepto de ésta ha evolucionado de forma paralela al de estado, al menos para la disciplina juspublicista. Por este motivo, consideramos que la lógica jurídico administrativa no puede orientarse hacia la adopción de uno u otro concepto de administración pública con finalidades universales y porqué no dogmáticas; debe

ser más bien consciente de esos cambios (si se quiere de esa evolución), pero sobre todo, debe ser capaz de aproximarse a ésta con plena conciencia histórica, que le permita concebir la administración pública ante todo como una realidad y necesidad social que dependiendo de las exigencias de su entorno “público” adopta una u otra forma, sin perder su esencia ⁷¹ .

Una revisión histórica sobre este argumento, aunque superficial, tiene el mérito de destacar las características principales de éste, y permitirnos distinguir sus configuraciones, de modo que estas puedan hacerse compatibles con la visión histórica que tengamos del derecho administrativo. Con esta finalidad desarrollamos algunas reflexiones en torno a las transformaciones de la administración pública dependiendo de la idea de estado que se tenga.

1) La administración pública antes de la existencia del estado (en un sentido moderno)

Adoptamos aquí y en el siguiente numeral, una concepción de estado “en sentido moderno” de la forma más corriente y usual de la doctrina ⁷², es decir aquél que nace en una “edad moderna”, que se caracteriza por una superación de la idea de la fragmentación territorial propia del feudalismo y, por consiguiente, en la obtención de una unidad territorial, por la existencia de una población con sentido de pertenencia al espacio físico (territorio) y por una concentración del poder político en cabeza del monarca (monarquías absolutas o constitucionales) ⁷³. La discusión sobre la existencia de estados en épocas anteriores la pasamos de largo por trascender los propósitos de este trabajo.

Antes del acontecimiento histórico aludido, existen numerosas, diferentes y trascendentales manifestaciones de lo público que resulta odioso y poco riguroso abstraer. Sin embargo, lo que interesa significar de este período, con ocasión de la reflexión sobre la administración pública, como lo sostiene Giannini, es la evidente presencia de ordenamientos de normas, personas y recursos financieros para llevar a cabo fines propuestos por organizaciones sociales más o menos complejas ubicadas en diferentes momentos y lugares ⁷⁴.

En la antigüedad, desde el análisis de sociedades primitivas hasta el de construcciones políticas complejas y avanzadas como Grecia y Roma en Occidente se verifica una administración como respuesta a problemas no primordiales, pero sí específicos, es decir, una idea de administración especializada, y una idea de administración que difícilmente se identifica con el interés general, sino más bien con el interés de los cuadros que la promueven y forman, estrechamente relacionados con las finalidades máximas de la organización social en que se encuentran.

Necesidades específicas como la regulación de la distribución del agua dulce proveniente de los grandes ríos o la formación y/o la consolidación de grandes ejércitos son muestras evidentes de exigencias de administración en sociedades más o menos complejas de la antigüedad, que muchas veces demandaban la participación de distintas personas y mucho capital con cierta estabilidad ⁷⁵.

Aun necesidades específicas pueden identificarse en manifestaciones propias de la edad media como las “banalidades señoriales” y las “solidaridades urbanas”, en que pese a que las actividades que se desarrollaban en torno a ellas, redundaban muchas veces en mejores condiciones de vida de los pobladores; estas no se organizaban sino en razones estrechamente vinculadas con la suerte de los feudos como su productividad y subsistencia, frente a agresiones externas

76 .

Como se aprecia, el nivel de la organización administrativa varía de acuerdo con la finalidad que se persigue y con la complejidad de la sociedad que se administra. De manera más particular, lo mismo ocurre con la permanencia de las personas administradoras y los recursos financieros que se demandan; lo que sí se evidencia de las distintas manifestaciones es:

- Un ordenamiento normativo del fenómeno administrativo muy tímido y sin metodología ni características propias.
- Una administración cuya fundamentación pública poco o nada tiene que ver con la comunidad que forma de manera masiva la sociedad.
- Una administración no homogénea en distintos ámbitos de lo público, sino particularizada o especializada en concretas necesidades de sus cuadros.
- Una administración cuyas decisiones son difíciles de caracterizar, dada su heterogeneidad y la ausencia (muchas veces) de un efectivo poder político.

2) La administración pública en el seno de un estado (en un sentido moderno)

Como lo recordamos antes, si en el estado moderno se verifica la existencia de unos elementos: territorio, población y poder político, se puede decir que la administración pública de éste, está en función de ellos o al menos, les está estrechamente relacionada.

En lo que tiene ver con el territorio, se deduce un rol trascendental de la administración. Los nacientes estados absolutistas surgieron, en las más de las veces, de la unión de varios territorios (antiguos feudos, provincias, comarcas) y de manera independiente a la relación de estos con su población, los gobernantes debían garantizar más que nunca la integridad de su nueva dimensión geográfica; la administración se convierte entonces en un instrumento para el mantenimiento de este nuevo orden territorial, y desde esta perspectiva, hay que administrar para alcanzar la unidad de la “nación” y hay que administrar los singulares territorios.

De esta manera, nace la tendencia de concebir la administración de los territorios que conforman un todo, así como la administración de ese todo; dos manifestaciones de un mismo fenómeno. Se evidencia con esta connotación del fenómeno administrativo su confusión o al menos cercanía con la actividad de gobierno; no es clara por ejemplo, la diferencia entre administrar o gobernar las provincias.

En lo que respecta al elemento de la población, este también produce un nuevo rumbo del fenómeno administrativo; al deberse alcanzar una sujeción social que fortalezca la unidad (nacional) del nuevo territorio, la administración de lo “público” se voltea al público, es decir, se concibe como una gestión que redunde en el “bien-estar” de la comunidad. No se trata de manera alguna de la identificación de un interés general en sentido actual o la asunción de un modelo asistencialista ⁷⁷, pero sí de orientar el manejo de lo público hacia las necesidades de una comunidad que sólo al encontrar un referente de justicia y buen gobierno, legitima la forma de concebir un estado, cuya principal característica es la concentración del poder político en uno solo.

Por su parte, el poder político aun concentrado en uno solo comienza a confundirse con la actividad administrativa. Formalmente son distintos: el primero es ejercido exclusivamente por el monarca, mientras el segundo, por una “organización” ⁷⁸ que depende de él. Sin embargo, y sobre todo en el ámbito territorial, las decisiones administrativas, probablemente no de manera autónoma sino delegada y en nombre del monarca, se confunden, como se dijo, con decisiones de gobierno, y esto, en términos prácticos quiere decir que decisiones administrativas, se conciben en buena medida como decisiones de poder político.

Desde una perspectiva material, sin embargo, la eventual distancia entre manifestaciones administrativas (públicas) y de poder, comienza a desdibujarse desde esta época. Lo anterior, no obstante, la existencia como nunca antes, de una efectiva estructura administrativa (en unas oportunidades más compleja y madura que en otras), muchas veces estable, con recursos financieros para su actuar, y consciente de las necesidades de la comunidad.

La complejidad y estabilidad de una “administración pública” es bastante relativa, lo que sí es indiscutible es que existe y se configura para mantener y afrontar una nueva manifestación de lo “público” con inmensas pretensiones políticas e inclusive culturales. Es común diferenciar la madurez de administraciones públicas en el ámbito central (nacional) de casos como el francés de otros estados, así como relieves la importancia del grado de autonomía de la administración territorial de estados como el inglés ⁷⁹ .

Indiscutiblemente, el ordenamiento de tal desarrollo administrativo debe contener unas normas que lo regulen; estas, conocidas doctrinariamente como normas de “policía”, obtienen un gran desarrollo en esta etapa histórica; inclusive parece evidenciarse también el surgimiento de una ciencia que las estudia de manera ordenada: “ciencia de policía” y con un método aparentemente propio, que ha servido a algunos para concebirla como un antecedente del derecho administrativo ⁸⁰ . Lo que también resulta evidente como ya se anotó, es la dificultad de identificar unos rasgos propios a este cuerpo normativo y por el contrario, su tendencia, si no absoluta sí mayoritaria, de utilizar la lógica del derecho común y principalmente del derecho privado de origen románico germánico ⁸¹ .

Es difícil, como se anotó, hacer abstracciones que permitan identificar de manera inequívoca las características de las administraciones públicas de esta forma de estado, sin embargo, se pueden sintetizar algunos rasgos:

- La existencia de una administración que redunde en la necesidad de una organización, con recursos y personal propio, tanto en el ámbito de los singulares territorios que conforman los estados, como a nivel estatal o nacional.
- El desarrollo de una administración, no para hacer frente a problemas concretos y específicos, sino para hacer frente a un problema general: la proyección de la forma del estado nacional.
- Aunque formalmente se distinga entre las facultades políticas y administrativas, en realidad se presenta una cercanía entre estas, que hace que la administración pública se perfile como una manifestación del poder político.
- La administración pública se voltea al público en general, tanto por su visión amplia y no coyuntural de la problemática estatal, como por la necesidad de legitimar socialmente el proceder político del monarca.
- Se produce un ordenamiento normativo para dar frente a los desarrollos administrativos. Este, sin embargo, no tiene unas características propias, que logren diferenciarlo del derecho en general, principalmente desde una perspectiva privada.

3) La administración pública en el seno de un estado de derecho

Desde una perspectiva amplia es usual la comprensión del surgimiento histórico de una forma de estado en la que el ejercicio del poder político se somete a unas reglas de juego (derecho) ⁸² . En este sentido si la administración pública comenzaba a perfilarse desde la etapa anterior como una manifestación del poder político, se podría evidenciar la novedad del sometimiento de ésta a las reglas del derecho.

Esta afirmación es relativa, como lo anotamos antes, reglas para una administración pública existían en el estado de policía (de las monarquías absolutas o constitucionales), aspecto éste que, al menos desde la perspectiva que nos interesa, pareciera disminuir la importancia de este logro histórico. Decimos pareciera, porque de manera indiscutible se produce un gran cambio, sólo que éste ocurrió por la influencia que ejerció la ideología de la época, la liberal, y la concreción de un constitucionalismo que de manera indiscutible trazaba unas pautas para la forma como se debía lograr el entendimiento de la forma estatal ⁸³ .

Más que el sometimiento de una administración pública al derecho, lo que se subraya de esta etapa es una visión particular de ese sometimiento; la nueva comprensión de la administración pública que se adquiere por la división de las ramas del poder político; y la actuación de ésta frente a las libertades individuales que se reconocen o reivindican. Podríamos decir que más que el “estado de derecho” considerado en sí mismo, es la ideología liberal de éste, la que produce que la administración pública alcance unas características precisas.

La legalidad que se obtiene y su consideración como un principio medular del nuevo estado, se comporta de manera distinta con los particulares y las administraciones públicas, en la medida en que éstas, deben necesariamente encuadrar su comportamiento en un mandato expreso ⁸⁴ . Esta realidad no es otra cosa distinta a la materialización de la desconfianza de la administración pública en cuanto manifestación de poder político: en la medida en que las singulares administraciones públicas adoptan decisiones que infieren en la órbita de las libertades individuales deben encontrar una habilitación expresa y no deducida

en la ley para poder actuar.

Esto de manera indiscutible fortalece la connotación genérica y no particular de la administración pública como instrumento para afrontar la problemática del nuevo orden estatal; confirma la vocación de atender los requerimientos del público como presupuesto de legitimidad; así mismo confirma la idea que comenzó a desarrollarse en la etapa anterior, según la cual, administrar lo “público” implica ejercer, de uno u otro modo, un poder político; pero también formaliza el proceder administrativo por cuanto al tener que estar expresamente señalado en la ley, lo convierte en una instancia de poca o mínima capacidad de decisión, supeditando esta, a las determinaciones políticas.

Como se aprecia, resulta curiosa la confirmación de la vocación política de la administración pública en cuanto a ejercicio indiscutible del poder público; frente a la incapacidad política de ésta de tomar decisiones reales frente a la problemática general del estado, toda vez que estas sólo pueden ser adoptadas por el legislador.

Por su parte, debido a su construcción teórica el principio de separación del poder público da fundamento y rigor de este tipo al reconocimiento de la administración pública como parte o fracción del poder del estado ⁸⁵ . Se identifica una tarea de este, tan importante como producir las leyes o juzgar su incumplimiento, consistente en administrar lo público y según se dijo antes, esto se hace principalmente ejecutando la ley, toda vez que es ésta la que traza y da vida a las sucesivas decisiones que se pueden adoptar en el plano administrativo.

La ley da forma y contenido a la administración pública, no sólo desde su perspectiva orgánica y estructural sino también funcional, y esto en sí mismo representa un logro histórico de grandes proporciones ⁸⁶ . Si antes del estado de derecho (estado de policía) existían reglas (normas) alusivas a la administración pública, ahora estas no son fruto de una autorregulación de quienes administran, sino de un tercero independiente que detenta además la legitimidad política por excelencia del soberano (el pueblo) ⁸⁷ .

Finalmente, las decisiones administrativas y las leyes que las sustentan deben producirse con respeto a las libertades individuales proclamadas constitucionalmente. Existe un límite aún mayor que la ley en el proceder administrativo y es el respeto por los derechos de corte individual, que fundados en el principio de libertad orientan una administración pública poco activa y

bastante permisiva, que concreta principalmente su actuación a través de manifestaciones policivas, que antes que reducir, hacen posible la convivencia pacífica de las libertades individuales ⁸⁸ .

Como se percibe, se producen inmensas transformaciones que constituyen presupuesto necesario para la identificación de un cuerpo normativo fruto de una heteroregulación para una administración pública. Identificación ésta, que de manera independiente, a que dé lugar a la comprensión de una disciplina jurídica nueva, constituye un logro histórico sin precedentes ⁸⁹ . Las principales características de una administración pública inmersa en la forma de derecho que adopta el estado se pueden sintetizar así:

- En el estado de derecho se verifica una administración pública sometida a unas normas, que no son producidas por ella misma sino por un tercero; esto, más que el sometimiento considerado de modo aislado, constituye una gran novedad.
- El sometimiento a la ley de los particulares y las administraciones públicas es distinto, en cuanto éstas deben encontrar mandato expreso para el desarrollo de sus actividades y para su eventual capacidad de adoptar decisiones.
- La administración pública encuentra en la ley no sólo su referente funcional, sino también orgánico. Constituye una garantía ciudadana la identificación inequívoca en la ley de qué puede hacer la administración pública, pero también de cómo está conformada.
- La concreción de la teoría de la división del poder político trae consigo, en primer lugar, la confirmación de la administración pública como una manifestación del poder político y, en segundo lugar, su identificación orgánica y funcional con la rama ejecutiva del poder público.
- La administración pública y la ley encuentran un límite superior en las libertades individuales. Garantizar estas desde una perspectiva administrativa se logra en buena medida evitando violarlas y evitando que terceros puedan hacerlo.

4) La administración pública en el seno de un estado social de derecho

De un estado fundado por antonomasia en el principio de libertad y la connotación individual de esta (estado de derecho), se pasa en términos históricos a un estado fundado en los principios de igualdad (material) y solidaridad. Esto trae consigo enormes implicaciones para las administraciones públicas, principalmente desde una perspectiva material: la actividad administrativa sufre una lógica transformación como consecuencia de una necesaria actitud protagónica y no pasiva de esta, frente a los fines propios de esta forma de concebir el estado ⁹⁰ .

De una administración pública que garantiza libertades individuales, absteniéndose de violarlas y logrando que terceros también lo hagan, se pasa a una administración pública que continúa por esta línea pero de manera instrumental para el desarrollo de su propósito principal, consistente en garantizar derechos sociales y estándares de igualdad (material) fundados en la solidaridad ⁹¹ .

Esto trae consigo inmensas transformaciones que van más allá de la óptica teórica, toda vez que desde el plano organizativo y funcional, se adelantan cambios radicales que principalmente consisten en la ampliación de las fronteras del fenómeno administrativo. Las administraciones públicas se multiplican y su proceder no será tan discreto, sino en algunas oportunidades bastante entrometido (desde la lógica de la ideología liberal convencional) ⁹² .

No hay homogeneidad de estos cambios; en algunas oportunidades se identifican con la asunción de funciones prestacionales y en otras inclusive con actividades empresariales y productivas ⁹³ . Sin embargo, la administración pública es la parte del estado que de manera más decidida debe dar desarrollo a esta nueva forma de concebirlo pues es, por excelencia, la parte de éste que interactúa con la comunidad.

Muchas de las características que había adquirido la administración pública en los modelos precedentes continúan, sólo que adquieren una dirección distinta y en algunas ocasiones sufren algunas transformaciones.

El nexo de la administración pública con el territorio en cuanto elemento constitutivo del estado moderno continúa pero adquiere más importancia la administración territorial: las instancias administrativas más cercanas a los requerimientos de la comunidad y, en consecuencia, más idóneas para realizar actividades que redunden en una igualdad en términos materiales, son las territoriales. El rol de la administración consistente en generar cohesión social y sentido de identidad con el territorio del estado, es ya un logro y por ende una misión secundaria.

La relación entre la administración pública y la población (ciudadanía) continúa siendo trascendental; esta sin embargo supera las consideraciones individuales, para dar paso a una realización de la solidaridad como presupuesto para alcanzar la igualdad (material) y de manera más genérica para realizar los derechos sociales. La población sigue siendo por excelencia la razón de ser de la administración, su principal versión de lo “público”, pero no con la lógica individualista, ya superada.

La administración pública sigue siendo en buena medida una manifestación del poder político en cuanto manifestación del fenómeno estatal y en concreto de la rama ejecutiva. La crítica teórica y doctrinaria sobre los problemas de identificar gobierno y administración pública, sin embargo, ejercen una gran influencia y de modo independiente a la forma y el rigor con que esta se considere, se hacen aún más evidentes los requerimientos de “tecnificación”, “profesionalización” e “independencia” de las administraciones públicas, máxime cuando sus actividades se multiplican y transforman.

Muchas de las manifestaciones administrativas evidencian la concreción del poder político, otras no, y estas últimas son cada vez mayores. Una administración pública que presta servicios de corte social o que desarrolla proyectos empresariales desdibuja la idea liberal de administración pública como manifestación de poder.

La tradicional identificación de la rama ejecutiva y la administración pública en buena forma persiste, pero en términos cada vez menos absolutos. La heterogeneidad y la vastedad de la actividad administrativa, comportan cada vez más el nacimiento y desarrollo de administraciones públicas independientes y/o autónomas, así como el desarrollo de instrumentos que permiten la participación de los particulares en actividades tradicionalmente desarrolladas por las administraciones públicas ⁹⁴.

Finalmente la sujeción de la administración pública a la legalidad madura, y de logro histórico, pasa a concebirse como presupuesto. La formalidad excesiva de este principio de corte revolucionario, sin embargo, cada vez cede más espacio a razonamientos y argumentaciones conscientes de la supremacía de la Constitución y de la existencia del contenido dogmático de la misma; que se traducen en consideraciones no automáticas y exclusivamente ejecutivas del fenómeno administrativo, sino por el contrario fundadas en la capacidad de valorar, razonar y argumentar en el momento de producir decisiones.

Se pueden destacar de esta forma de estado las siguientes características administrativas:

- Al transformarse las finalidades públicas propias del estado de derecho (en sentido liberal), la administración pública asume un rol bastante activo como la parte del fenómeno estatal que de mejor manera puede realizar los imperativos de igualdad (en sentido material) con un redimensionamiento de las libertades individuales y un peso significativo de la solidaridad.
- Los rasgos de la administración pública adquiridos con ocasión de la configuración del estado de derecho persisten, sólo que toman direcciones distintas: la administración territorial asume el protagonismo administrativo, el principio de legalidad cede en formalismo a la realización de los fines del estado consagrados constitucionalmente, el fenómeno administrativo desde una perspectiva material se hace más complejo cualitativa y cuantitativamente.
- La vastedad y heterogeneidad que caracteriza la acción de la administración pública dificulta la lectura convencional de la rama ejecutiva del poder público, al menos si se continúa identificando a esta con aquella.
- La concreción de la acción de la administración pública no se manifiesta tan claramente como ejercicio del poder público; este se evidencia en algunas manifestaciones pero no en otras que detentan una connotación prestacional y/o empresarial.

Como se observa, este breve recorrido histórico demuestra de manera clara, la evidente transformación del fenómeno administrativo y la relación de éste con la evolución de lo “público” y en concreto de la figura estatal. Esta apreciación resulta obvia si se percibe la administración pública no como una creación de alguien o de un momento determinado, sino como una necesidad social de

establecer unas pautas, identificar unas necesidades y ponerlas en acción, con el propósito de alcanzar unos fines.

Lo inmutable es la existencia de unas necesidades sociales que comportan una administración pública; lo que cambia es el contenido material de estas y la forma como se pretenden satisfacer. Cambia también –y este es un aspecto fundamental– la consideración del fenómeno administrativo como fenómeno que implica o no ejercicio de poder político; una visión orgánica y estructural induce una respuesta afirmativa ⁹⁵ , mientras que una material impone inmensas dudas a esta inquietud ⁹⁶ .

Primero se deben identificar unas necesidades y luego se debe pensar en una organización para satisfacerlas y no viceversa ⁹⁷ ; este raciocinio lógico no debe perderse de vista en el estudio de la administración pública. El derecho ha jugado un papel fundamental al referir históricamente en términos normativos, la composición y la capacidad de acción de la administración pública y este en sí mismo es un gran logro; esto sin embargo, ha ocasionado también la construcción teórica de una administración pública, muchas veces ausente de consideraciones históricas y lo que es aún más grave, exclusivamente en términos descriptivos.

El derecho no puede limitarse en la actualidad a garantizar libertades individuales a través de la referencia juiciosa del aparato administrativo; el derecho no puede limitarse a describir de manera inequívoca la capacidad de acción de todos y cada uno de los componentes de la administración pública así entendida. El derecho debe analizar el fenómeno administrativo, principalmente como un fenómeno material, pero sobre todo real; el derecho debe justificar su tratamiento al componente estático y organizativo de la administración pública con referencia a las finalidades del estado y las necesidades de la comunidad en estas reflejadas.

Por este motivo, la aproximación material y orgánica al fenómeno administrativo no es excluyente sino complementaria; la segunda sin embargo, debe ser consecuencia de lo primero por simple requerimiento lógico - histórico. Esta es la razón para que en la segunda parte de este capítulo, pretendamos hacer una aproximación al concepto de función administrativa, entendido como connotación material del fenómeno administrativo.

B. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. JUSTIFICACIÓN

Como antes lo anotamos, una primera aproximación al concepto de función administrativa nos lleva a identificarlo con la perspectiva material (verbo) de la administración pública, es decir, a concebirla como “actividad” o “conjunto de actividades”. La tendencia de algún sector de la doctrina jurídico administrativa ha sido la de aproximarse a ésta, de este modo, pero sin descuidar su referente subjetivo, es decir, señalándola como una actividad que es desarrollada por la administración pública, aunque en algunas oportunidades y de manera excepcional lo es también por otras instancias públicas e inclusive por particulares ⁹⁸ .

Este tipo de aproximación doctrinaria denota el riesgo que advertíamos en la premisa de este capítulo, consistente en producir una ambigüedad del objeto del derecho administrativo por utilizar aunque sea como referente parcial una perspectiva subjetiva que no sirve para explicar y justificar la especialidad de la normatividad jurídico administrativa que es en últimas la que inspira su fundamentación teórica, al menos desde la óptica metodológica propuesta en este trabajo.

Una tendencia probablemente más común, aunque en época pasada, pero también existente en términos doctrinarios, es justamente la contraria: construir un concepto de administración pública a partir de la verificación de los sujetos que desarrollan función administrativa; idea que no riñe con nuestra idea metodológica, por cuanto fuerza a una construcción conceptual de la función administrativa, aunque corre el riesgo de producir ambigüedad, en este caso del concepto de administración pública, en la medida en que esta se concebiría en no pocas oportunidades de manera contradictoria con su referente subjetivo ⁹⁹ .

Como ya expresamos, no es nuestra intención abarcar una construcción material del fenómeno administrativo; solamente indicar en términos conceptuales la función administrativa que constituye el objeto del derecho administrativo. Este objetivo lo desarrollaremos intentando obviar el referente subjetivo, es decir, tratando de dar forma a un concepto material que existe como tal, de manera independiente a que los sujetos que lo desarrollen sean calificables como

administraciones públicas o no.

Las razones y la forma como el derecho administrativo debe estudiar la perspectiva subjetiva de la administración pública se evidencian con esta propuesta. El argumento atinente a los sujetos que desarrollan la función administrativa debe ser materia de estudio del derecho administrativo, de modo independiente a su calificación formal (de administraciones públicas o no) y este no es un *prius* de unos fundamentos del derecho administrativo, sino una consecuencia lógica de la consideración de éste como el derecho de la función administrativa ¹⁰⁰ .

La doctrina no ofrece posiciones unívocas o siquiera cercanas del concepto de función administrativa, pero sí una variedad de definiciones y no sólo atribuye contenidos distintos sino enfoques bastante disímiles. Con los riesgos propios de la abstracción, procederemos a sistematizar las que a nuestro juicio son las principales manifestaciones en su momento más puro ¹⁰¹ , es decir, recurriendo a teóricos de inicios del siglo XX . Con ello pretendemos destacar algunas características del concepto que serán confrontadas con nuestra realidad jurídico - positiva, con el fin de presentar nuestra propuesta.

1) La función administrativa como la realización genérica de los fines del estado

A partir de una revisión de la expresión función administrativa referida no a cualquier administración sino a aquella calificada como pública, se denota la verificación de una actividad o un conjunto de ellas, dirigida o dirigido al cumplimiento de los fines del estado.

Esta es una aproximación conceptual con evidente connotación teleológica toda vez que son las finalidades del estado las que dan forma y contenido a la actividad o a las actividades catalogables como función administrativa. Se trata de una construcción teórica que es material por cuanto no es subjetiva, pero que no define ni refiere la actividad, sino las finalidades de las que se puede deducir esta.

Así mismo, de la referencia genérica a las finalidades del estado podría deducirse un desarrollo teórico heterogéneo que dependería de la convicción que se tenga sobre el papel de éste; sin embargo rechazamos esta idea porque las finalidades del estado encuentran un referente inequívoco en la Constitución Política y solo allí se pueden identificar ¹⁰² .

La presencia de una Constitución Política de la que se derivan los fines del estado, es entonces presupuesto de existencia de la función administrativa ¹⁰³ ; y la forma de estado y las características principales de éste, constituyen un argumento de forzosa revisión para los fines de materializar y actuar un concepto de función administrativa como el que se propone desde esta óptica ¹⁰⁴ .

Esta construcción teórica como se aprecia, implica una identificación de la función administrativa con la totalidad de las actividades que dan desarrollo a la teleología del estado, aspecto este, que al entender de algunos autores, constituye su punto de quiebre o la causa principal de sus críticas. Se sostiene, en este sentido, que no puede confundirse el fenómeno administrativo con el fenómeno estatal y que con este enfoque todo lo que hace de manera legítima el estado sería función administrativa ya que todo lo que hace estaría orientado a cumplir los fines de éste consagrados constitucionalmente ¹⁰⁵ .

Así mismo, se sostiene que esta aproximación conceptual es contraria a la teoría de la división del poder público; las funciones legislativa, ejecutiva y judicial estarían desde esta perspectiva, inmersas en una gran función, la administrativa del estado ¹⁰⁶. Esta aparente contradicción trasciende las fronteras doctrinarias y teóricas y se convierte en normativa, cuando quiera que el texto político la reconoce como uno de los pilares del estado ¹⁰⁷, situación que no es una manifestación exclusiva de nuestro país, sino que es casi una constante de los constitucionalismos modernos.

Resulta difícil justificar de este modo un concepto material de manera aislada a la convicción estatal propia de la actualidad en relación con la división del poder público; hacerlo sería controvertir la base normativa que debe servir para identificar los fines del estado que le dan forma. La necesaria fragmentación del poder político, así como los controles recíprocos entre sus componentes –pesos y contrapesos– que están en la base de la teoría de la división del poder público, riñen con una idea, que de una u otra manera, concibe el poder público de manera general y comprensiva.

Vale la pena anotar que para sustentar esta concepción no basta ser indiferentes frente a la identificación histórica entre rama ejecutiva y administración pública; el problema anunciado es ante todo material, toda vez que una fracción funcional que se identifique con las finalidades del estado no puede ser comprendida por fuera de la teoría de la división del poder público, si esta hace parte de la constitución material.

Con razonamientos menos teóricos y más prácticos, un concepto de función administrativa concebido de esta manera no serviría cabalmente para los propósitos que perseguimos a través de su construcción, es decir, como objeto del derecho administrativo. Si éste, es ante todo un cuerpo de normas homogéneo y con características que forman una identidad y lo diferencian al derecho común, de muy poco serviría decir que tiene por objeto todas las actividades que guardan relación con los fines del estado; la relación con los fines del estado pareciera intuitivamente ser una realidad, pero no la de cualquier actividad, pues decirlo, implicaría significar que el derecho administrativo debe comprender las actividades legislativas y judiciales por ejemplo, lo cual sin ninguna pretensión dogmática es una hipótesis contraria a la realidad histórica de nuestra disciplina ¹⁰⁸.

De esta construcción histórica parecieran resultar relevantes para nuestros

propósitos dos cosas: en primer lugar que el concepto de función administrativa guarda una estrecha relación con los fines del estado concebidos constitucionalmente; y en segundo lugar, que no toda actividad que tenga esta relación puede calificarse como función administrativa.

2) La función administrativa como categoría residual o negativa de las funciones tradicionales del estado

La crítica principal de la concepción anterior pareciera servir de base a esta construcción, según la cual la función administrativa es la actividad o el conjunto de ellas distinta o distinto a las funciones judicial y legislativa, orientada u orientado al cumplimiento de los fines del estado.

La naturaleza teleológica o finalística referida a la construcción anterior se extiende obviamente a esta, sólo que no cualquier actividad que cumpla esta condición puede calificarse como función administrativa, toda vez que estarían excluidas las funciones judicial y legislativa.

De manera evidente, esta concepción teórica pretende elaborar una construcción que sea coherente con la realidad constitucional de la teoría de la división del poder público; de modo que el fenómeno administrativo se distinga de otras funciones relativas a la realización de los fines del estado. La metodología residual o negativa de esta, pese a su aparente simplismo, tiene el mérito de evidenciar la complejidad del fenómeno administrativo y la dificultad de identificar las actividades que lo conforman o siquiera trazar unos rasgos que logren diferenciarlo ¹⁰⁹.

Vale la pena anotar que bajo esta concepción se obtiene una identificación entre la función ejecutiva y la administrativa; ésta no es de carácter orgánico sino funcional, de modo que la función ejecutiva adopta una lectura más moderna, al no limitarse a la enunciación de ejecución de la ley, sino concebir un fenómeno más complejo, sí de actuación de la ley, aunque con la advertencia de que esto se manifiesta de diversos modos. Desde esta perspectiva podría sostenerse que la función ejecutiva (de la ley) es sólo una de las posibles manifestaciones del fenómeno administrativo.

Desde una óptica contraria, se aprecian en la doctrina también algunos reparos a esta concepción, principalmente en lo que respecta a la identificación apenas referida. La función administrativa “hace parte de la función ejecutiva, pero no la agota” ¹¹⁰ es una reflexión corriente y bastante difundida, que pretende evidenciar componentes propios y tradicionales de los aparatos ejecutivos que

nada tienen que ver con el fenómeno administrativo; son estas la actividad política y/o de gobierno y la actividad de relaciones exteriores (con estados y entes supranacionales y multinacionales).

Con esta crítica señalamos el camino que ha tomado la teoría de la división del poder público, en el sentido de insertar al interior del aparato ejecutivo funciones más amplias que parecieran tener que ver con decisiones de gobierno y de estado; de modo independiente a que esto sea una transformación efectiva o un efecto lógico de la tradicional formulación teórica de la manifestación del poder ejecutivo, lo que se verifica no es entonces una transformación o un redimensionamiento de la función administrativa y/o ejecutiva, sino de la rama ejecutiva del poder público.

Esta situación trae consigo un llamado de atención sobre la exclusión del concepto de función administrativa, de manifestaciones que detentan una naturaleza política o de gobierno, es decir, dentro de la heterogeneidad que caracteriza a las actividades catalogables como función administrativa, parecieran no caber aquellas de orden superior que recogen una lógica general y abstracta, y que concretan de manera efectiva un poder político.

Decimos “parecieran” porque nos ofrece menos dudas el que esto sea así en el caso de algunas actividades orientadas al ejercicio de las relaciones internacionales ¹¹¹ ; en el caso de actividades políticas y/o de gobierno, sin embargo no nos resulta tan claro, pues en primer lugar los vínculos históricos de la administración pública con el poder político son evidentes, y en segundo lugar se ha advertido una verificación teórica y práctica de la dificultad de separar gobierno (política) y administración ¹¹² .

Aunque lo desarrollaremos de forma más detenida en el capítulo quinto, en nuestro ordenamiento jurídico al menos en términos formales existió una distinción entre actos de gobierno (políticos) y administrativos lo que podría incrementar las dificultades de comprensión del fenómeno administrativo en el modo residual referido; esta distinción, sin embargo, no existe en la actualidad, motivo por el que en el caso colombiano, la crítica que se estudia perdería fuerza ¹¹³ .

Destacamos de esta concepción teórica para los efectos de nuestro trabajo, en primer lugar la necesidad de hacer una construcción conceptual acorde con la realidad constitucional y por ello conforme a la teoría de la división del poder

público. Si lo que se intenta es conceptuar una fracción de la función del estado o, más bien, de las funciones que dan desarrollo a las finalidades de este, que demanda la procedencia de un cuerpo de normas homogéneo y distinguible que se llama derecho administrativo, no se puede desconocer el sistema normativo y dentro de él el orden superior (constitucional).

De modo consecuente con lo anterior debe hacerse una construcción de la función administrativa acorde con la teoría de la división de las ramas del poder público y de esto se deriva, de manera inequívoca, que las funciones judicial y legislativa no han sido, no son y no pueden ser objeto del derecho administrativo.

Finalmente no de esta concepción teórica sino de su crítica se destaca la necesidad de ampliar los confines de una concepción residual o negativa de la función administrativa u optar por una concepción positiva que logre identificar su nudo duro.

3) La función administrativa como categoría positiva de las funciones del estado

Como contraposición de la concepción anterior surge una idea de función administrativa como actividad o conjunto de actividades susceptible(s) de ser caracterizada(s), que dan desarrollo a las finalidades del estado consagradas constitucionalmente.

De esta definición no se deriva nada nuevo en atención a lo hasta ahora referido; únicamente se afirma la posibilidad de llenar de contenido la función administrativa de manera indiferente a la complejidad que se deriva de la heterogeneidad de las actividades que hacen parte de ella. Como se aprecia, no se trata de identificar minuciosamente todas y cada una de las actividades catalogables como función administrativa, sino de atribuir unos rasgos o unas características comunes a estas, capaces de explicar de modo conceptual el fenómeno administrativo.

Como resulta obvio, no existe una unidad doctrinaria entre los autores que conciben a la función administrativa de esta manera, de modo que lo que se aprecia son singulares aportaciones que para nuestros propósitos pueden coadyuvar aún más en la construcción propuesta, revisadas de manera independiente. Con los riesgos de la abstracción, pasamos a revisar aquellas que consideramos más relevantes, con la advertencia adicional de que la metodología usada por la doctrina en este punto ha sido principalmente aquella de la confrontación entre la función administrativa y las funciones judicial, legislativa y ejecutiva, aspecto este coherente, según lo indicamos antes, y que nos fuerza a hacer referencias a ellas, que corren el riesgo de ser reiterativas ¹¹⁴.

La función administrativa como acción material: se destaca aquí la connotación dinámica del fenómeno administrativo, en cuanto implica por excelencia acción; las finalidades del estado se concretan de distinta manera, y cuando lo hacen a través de acciones efectivas, se está en presencia de función administrativa.

Con la producción de la ley, en estricto sentido no se “actúa”; se “regula”, se “predispone”, se “permite”, se “circunscribe”, se “prohíbe” una actividad. La función administrativa desde esta perspectiva actúa la ley, su connotación

“concreta” y “práctica” la diferencia es por excelencia entonces la concreción de las finalidades del estado ¹¹⁵ .

Esta consideración está estrechamente vinculada con la construcción material de la función ejecutiva en cuanto distingue la proclamación de la ley de su actuación; desde esta perspectiva se evidencia la naturaleza abstracta de la función legislativa y aquella concreta y práctica del fenómeno administrativo. Esto sin embargo, no siempre es así; aunque lo sea principalmente, no son pocos los ejemplos de formulaciones genéricas y abstractas de la acción administrativa ¹¹⁶ , por ello esta afirmación puede servir para aproximar el concepto de función administrativa, pero no para delimitarlo.

La improcedencia en términos absolutos de esta consideración, se observa más evidente, en atención a la eventual confusión que esta puede ofrecer entre función administrativa y función judicial; esta última, es sin duda alguna, también concreción y praxis, antes que abstracción de los fines del estado. Esto podría atemperarse en consideración a criterios de exclusión litigiosa y cotidianeidad, pero de manera alguna, estos logran indicar de manera unívoca este rasgo de la función administrativa ¹¹⁷ .

La función administrativa y su relación directa con la satisfacción de intereses públicos: esta afirmación guarda una estrecha relación con la anterior y hace énfasis en la connotación teleológica de la función administrativa en general, en cuanto instrumento de realización de los fines del estado.

En efecto, según esta, todas las funciones del estado o públicas en general son realización de los fines del estado. Estos, sin embargo, satisfacen de manera directa los intereses que despiertan, únicamente con el ejercicio de la función administrativa. La realización entonces de los intereses públicos solo se alcanza de manera fáctica, a través del ejercicio de la función administrativa.

Podríamos decir consecuentemente y de manera aún más simple, que la expectativa ciudadana de que el estado haga lo que tiene que hacer, se satisface a través de distintas actividades todas ellas catalogables como función administrativa. Las otras funciones públicas están orientadas a materializar los fines del estado y consecuentemente sirven de soporte y base a la función administrativa, pero difieren de ella por su vínculo directo con este tipo de expectativas ¹¹⁸ .

En efecto, se deduciría de esta afirmación, que la función legislativa no satisface directamente los intereses públicos, pero sí hace viable o necesaria su satisfacción ¹¹⁹. Por su parte, la función judicial satisface de manera directa intereses, pero no públicos ni mucho menos indeterminados, sino por el contrario intereses específicos de ciudadanos interesados en una determinada providencia judicial.

Se aprecia también aquí, al igual que en la anterior característica, una cercanía a la construcción teórica de la función ejecutiva del estado, en la que la abstracción y la generalidad de la ley, por una parte, y la vocación ocasional y litigiosa de la función judicial, por la otra, hacen concebir a la función administrativa como lo concreto y específico, y con vocación cotidiana de la realización de las finalidades del estado.

Como se dijo a propósito de la anterior afirmación, también aquí esto es relativo; la realización de un interés público con la producción de la ley o con la expedición de una providencia judicial es también viable, aunque de manera concreta, específica y cotidiana esto se logre más a través de manifestaciones de la función administrativa.

La función administrativa como conversión del estado en parte: con esta afirmación se quiere subrayar que la función administrativa tiene una característica que la diferencia de otras funciones que desarrollan las finalidades públicas, consistente en que su ejercicio implica el descenso a un plano de relaciones jurídicas intersubjetivas que supone una asunción de parte.

Los sujetos activos de la función administrativa se relacionan directamente con otros sujetos de derecho, y desde esta perspectiva pueden apreciarse como parte; una parte que de manera evidente pretende cumplir sus cometidos, que no son otros que las finalidades del estado.

No importa desde esta afirmación que se satisfaga o no, de manera directa, un interés público o que se manifieste una efectiva acción de las finalidades públicas; lo relevante es el rol que detenta quien la desarrolla, pues éste se caracteriza por interactuar directamente con otros sujetos de derecho y por ende es susceptible de cumplir o no, las expectativas de estos frente al cumplimiento del orden jurídico superior, así como de causarles eventualmente daños antijurídicos.

De manera general, podríamos decir que la característica de la función administrativa es la interacción con diversos sujetos de derecho de manera directa y no como acontece en el caso de la función legislativa y/o judicial; en la primera no existe en términos efectivos un contacto directo y por ende no hay interacción, y en la segunda, si bien ésta existe, es accidental, antes que cotidiana; en las dos hay una observancia de objetividad e imparcialidad ¹²⁰, en la función administrativa en buena medida estas se desdibujan.

Vale la pena subrayar que el rasgo característico de la función administrativa desde esta perspectiva no es su imparcialidad y falta de objetividad; es más bien la consecuencia de que ésta implica diversas relaciones intersubjetivas, y por ende, el desarrollo de las finalidades del estado no se hace en términos exactos de manera objetiva ni imparcial.

Una función administrativa así entendida hace pensar en un derecho administrativo que regula ante todo relaciones intersubjetivas (como se verá voluntarias o no) en las que las finalidades del estado descenden de la condición objetiva que le otorga el ordenamiento jurídico, y se convierten en efectivos propósitos de distintos sujetos de derecho que interactúan como parte con la comunidad.

Actuar como parte se destaca, no quiere decir de manera contenciosa ni litigiosa; significa actuar de tú a tú, es decir relevar la condición de sujetos de derecho de las instancias públicas que necesariamente en el devenir corriente de un estado deben interactuar con la ciudadanía.

En esta afirmación hay presente algún grado de abstracción que dificulta la identificación de la esencia de la función administrativa; hay una atención antes que a la materia que la conforma, a la situación subjetiva de quien la ejerce; estas se esgrimen como sus principales críticas. Así mismo, vale la pena destacar que en la misma medida en que la función administrativa asume comportamientos similares a aquellos propios de la función legislativa y/o judicial, la interacción subjetiva anotada se hace menos evidente, así como la objetividad y la imparcialidad asumen alcances distintos ¹²¹.

Sin embargo, se destaca y se llama la atención sobre la peculiaridad de interactuar con otros sujetos de derecho y las consecuencias de esto como un evidente rasgo distintivo de una franja de la totalidad de las funciones del estado que merece ser regulada por un conjunto de normas calificables como derecho

administrativo.

La función administrativa y su relación instrumental con el derecho: finalmente se presenta esta afirmación, que señala que el rasgo distintivo de la función administrativa es su relación con el derecho objetivo; mientras éste, para las otras funciones públicas, constituye un fin, para ésta es un instrumento, pues sirve o como límite y/o como medio para la realización de los fines del estado.

Se deduce así que la función administrativa no es desde esta perspectiva una realización del orden normativo superior; ésta se sirve del derecho para no excederse y medirse, pero no lo realiza, no lo desarrolla. Las funciones legislativa y judicial en cambio crean y tutelan el derecho objetivo, es decir, estas sí lo realizan ¹²² .

A más de la dificultad que esta afirmación ofrece desde una perspectiva general para llenar de contenido a la función administrativa, por cuanto se vale del derecho y no del análisis de la actividad, ésta es objeto de algunas críticas orientadas, principalmente, hacia su eventual incompatibilidad en consideración con el principio de legalidad.

Por influencia revolucionaria francesa el derecho objetivo se concibe distinto para el ejercicio de las funciones privadas y administrativas; en estas últimas, éste antes que un límite es una condición para su ejercicio, y en esta medida cuando se verifiquen actividades de concreción de la función administrativa, puede señalarse que se está realizando el derecho.

Así mismo la capacidad creadora y propositiva de la función administrativa en relación con el derecho objetivo sería bastante relativa, toda vez que al afirmar que ella lo utiliza pero no lo realiza, el rol de producción normativa secundaria se perfilaría como bastante limitado. La función administrativa terminaría concibiéndose como una acción mecánica de ejecución, y esto va en contravía de una capacidad creadora, progresiva en términos históricos, por cuanto es ante todo desarrollo de las finalidades del estado ¹²³ .

De esta manera, creemos haber realizado una aproximación y una abstracción de los intentos por conceptualizar la función administrativa de manera positiva; de estos, rescatamos para nuestros propósitos los siguientes.

En primer lugar la dinámica e historia de la administración pública, evidencian la dificultad de identificar las actividades que comprenden el concepto de

función administrativa y por ende la construcción de éste, dirige su atención a la búsqueda de unos rasgos capaces de caracterizarlo y diferenciarlo.

Esta búsqueda casi siempre se ha hecho, y probablemente deba hacerse, en relación con las tradicionales funciones legislativa, judicial y ejecutiva, y la función administrativa termina identificándose o, al menos, aproximándose demasiado a esta última. Muchos de los rasgos distintivos anotados no son cosa distinta que características de la función ejecutiva, en términos más o menos convencionales, de la teoría de la división del poder público.

Ninguno de los rasgos anotados satisface plenamente el requerimiento de explicar o distinguir la función administrativa de otras funciones relacionadas con los fines del estado. Estos, sin embargo, sirven para establecer criterios específicos de distinción, y para dar cabida lógica, o no, a actividades que pasen a ser consideradas como función administrativa por la dinámica del tema.

Pensar en que la función administrativa es acción material; satisfacción inmediata y directa de intereses públicos; e interacción no objetiva e imparcial de sujetos que desarrollan los fines del estado no es una mentira ¹²⁴, es una realidad que, sin embargo, no tiene alcances inequívocos ni absolutos. Probablemente unas, más que otras, de las afirmaciones señaladas sirven para conceptualizar la función administrativa en la actualidad, pero ninguna de manera total.

4) La función administrativa como una fracción de las manifestaciones del estado que implica ejercicio de autoridad

Esta concepción tiene nacionalidad propia; si bien su inspiración nace con construcciones teóricas germanas de inicios del siglo XX ¹²⁵, su desarrollo y configuración definitiva es propia de la realidad jurídico administrativa italiana ¹²⁶ y aunque continúa vigente ha cedido espacio en época reciente por la influencia del derecho comunitario europeo.

En efecto, a diferencia de las posiciones anteriores, pareciera no partir de un concepto amplio de función administrativa de marcado talante teleológico, sino de una concepción subjetiva y de ella continuar con la explicación de la función de las administraciones públicas a partir de dos manifestaciones: la función pública –administrativa en sentido estricto– y el servicio público. Dicho de otra manera, la función administrativa o pública ¹²⁷ es una de las (dos) posibles formas como se materializa la actividad de las administraciones públicas.

En este orden conceptual la función administrativa es aquella actividad que se desarrolla a través del ejercicio legítimo de la autoridad, que no es otro que la esencia de poder político que le es propia a las administraciones públicas por cuanto fracción orgánica del estado. De esta manera, una administración pública debidamente constituida puede actuar de dos formas: imponiendo su voluntad frente a otros sujetos de derecho (en cumplimiento y realización de lo establecido en el ordenamiento jurídico) es decir, ejerciendo autoridad o a través de simples actuaciones que no implican ejercicio de autoridad; la primera forma se llama función administrativa, la segunda servicio público ¹²⁸.

Esta originalísima aproximación conceptual a la noción de función administrativa tiene repercusiones del mismo tipo, en la teoría del acto; en efecto *atti amministrativi* son todas las manifestaciones de la función de las administraciones públicas, mientras que *provvedimenti amministrativi* son solamente aquellos actos que implican ejercicio de autoridad, es decir, que son manifestación de la función administrativa en un sentido estricto.

No se alude a esta concepción teórica con una intención de hacer derecho comparado ¹²⁹; a más de describir de manera general distintas construcciones, se

pretende subrayar la existencia de un concepto aún más restringido de función administrativa que el señalado en los numerales dos y tres de este aparte. Se evidencia así, que esta restricción consiste en circunscribir la función administrativa al ejercicio de autoridad pública.

En el brevísimo recorrido histórico que se ha señalado de la administración pública se ha destacado cómo con la configuración del estado en un sentido moderno, y aún más con el surgimiento del estado liberal de derecho, se ha evidenciado la proximidad de la administración pública con el fenómeno del poder político. Así mismo, se destacó cómo con el nacimiento y desarrollo del estado social de derecho, la actividad administrativa se multiplicó en términos cuantitativos y cualitativos y esto hizo que se apreciaran, de manera progresiva, manifestaciones que parecieran no implicar ejercicio de este tipo de poder.

Si con esta concepción se entiende la función administrativa como un efectivo ejercicio de poder político, sin desconocer con ello otras actividades de las administraciones públicas que no implican ejercicio de este, de manera alguna se está desconociendo la historia y la asunción de distintas funciones de las administraciones públicas. Lo que se hace es restringir el campo de acción del derecho administrativo a aquellas manifestaciones de administraciones públicas o de otros sujetos habilitados, a través de las cuales se manifiesta la autoridad pública.

La búsqueda de un concepto material capaz de justificar la procedencia del derecho administrativo que es en buena medida también la nuestra en este aparte del trabajo, encuentra en esta concepción una respuesta coherente, al concebir un derecho administrativo como un derecho de la función administrativa y circunscribir ésta, a aquellas hipótesis en que legítimamente un sujeto de derecho ejerce autoridad frente a otro.

Se verifica, sin duda alguna, un concepto material de función administrativa que sirve para soportar un derecho que se caracteriza por ofrecer distinciones en consideración al derecho común o privado. La atribución normativa de autoridad pública a distintos sujetos de derecho es, desde esta perspectiva, el inicio de la función administrativa y ésta se desarrolla a través de diversas manifestaciones que pueden dar o no lugar a insatisfacción de intereses legítimos y/o derechos subjetivos ¹³⁰ .

Esta aproximación conceptual no ha sido del todo pacífica para los italianos; la

exigencia de atribuir prerrogativas públicas a sujetos prestadores de servicios públicos o la necesaria atribución de contratos estatales a través de procedimientos públicos ¹³¹ , son algunas de las manifestaciones que en la práctica parecieran ser objeto del derecho administrativo, aunque en términos teóricos estas no sean o no se desarrollen a través de función administrativa en sentido estricto.

Insistimos en que esta concepción hace parte de una realidad y una tradición jurídico administrativa bastante particular como la italiana ¹³² ; sin embargo, destacamos de esta concepción teórica al menos la inquietud, de la consideración o no, de la autoridad pública en la formación y construcción del concepto de función administrativa ¹³³ .

5) La función administrativa como concepto impropio en cuanto es asimilada o identificada a la función pública

Finalmente es prudente aludir algunas aproximaciones conceptuales a la función administrativa, que aunque coherentes con esquemas y contextos distintos al del derecho administrativo, o al menos al concebido en este trabajo, en nada contribuyen con el propósito de construir un concepto material como objeto del derecho administrativo e inclusive pueden conducir a equívocos.

Más que presentar una verdadera concepción de función administrativa, como se ha hecho en los numerales anteriores, lo que aquí se hace es destacar algunas ideas ¹³⁴ de función administrativa que pueden conducir a equívocos con el propósito de concebirla como objeto central de estudio del derecho administrativo.

En primer lugar, vale la pena llamar la atención sobre el uso indiferenciado de conceptos como los de función pública y función administrativa; es probable que a éste se llegue por asociaciones materiales que representan de manera genérica una función que deriva de las finalidades estatales, o por cercanía terminológica de expresiones alusivas al fenómeno público. Sea como fuere, esto es impropio, antitécnico y puede conducir a no pocos errores.

En un sentido amplio, función pública es la función de lo público y si ésta se concibe en una realidad de estado su identidad puede ser más bien conducible a la de función estatal; expresiones que al igual que la de función administrativa pueden tener una perspectiva material y una subjetiva. Dentro de una y otra perspectiva, sin embargo, la función pública en este sentido es el género y la función administrativa es la especie.

Aparte del riesgo evidente de confundir el género con la especie existen peligros conceptuales por la perspectiva que se le dé a una y otra expresión y la eventual convivencia de ambas. Si se toma por ejemplo una perspectiva material del concepto de función pública ésta abarcaría un concepto también material de función administrativa a través de la relación género - especie anotada; pero si se toma una perspectiva subjetiva del concepto de función pública ésta resultaría del todo incompatible con un concepto material de función administrativa como

el referido.

Esta última hipótesis, que constituye también un enorme riesgo conceptual, es más común de lo que pueda pensarse, máxime si en el lenguaje común “lo público” implica en las más de las veces una connotación subjetiva, aunque desde cualquier óptica función pública pareciera ser una expresión de tipo material, no son pocas las ocasiones en que se hace referencia a ésta como sinónimo de estructura u organización estatal.

Más complejo se hace el panorama cuando se le atribuye a la función pública una connotación restringida, equivalente al estatus y acción del “funcionario público”; esta tendencia de origen francés ha ejercido una gran influencia sobre algún sector doctrinario ¹³⁵, y en el caso colombiano su trascendencia es más que evidente con referencias de este tipo desde el texto constitucional ¹³⁶, pasando por la composición orgánica de algunas administraciones públicas ¹³⁷ y obviamente con una repercusión enorme en la doctrina ¹³⁸.

Obviamente se trata de un concepto de función pública y no de función administrativa, pero si es real la tendencia a confundirlos puede pensarse en la connotación más que impropia que representaría una función administrativa que equivale a relaciones laborales de los funcionarios públicos. Así mismo, el estudio de algunas relaciones laborales de los funcionarios públicos es materia tradicional del análisis jurídico administrativo; en este sentido se podría decir –y en efecto se hace– que una de las materias objeto de estudio del derecho administrativo es la función pública; el entender qué se quiere significar con una afirmación de este tipo no puede conllevar a admitir la connotación antitécnica, según lo señalado, que esta ofrece.

Se insiste entonces, la utilización de un concepto como el de función administrativa para explicar el objeto del derecho administrativo, que según lo señalado hasta el momento es una necesidad de unos fundamentos teóricos de nuestra disciplina, implica un cuidado terminológico enorme para evitar confusiones que no redundan sino en una mala operación y entendimiento del derecho administrativo y su relación con la administración pública.

Una vez revisada la abstracción sobre distintas concepciones teóricas de la función administrativa procedemos, en primer lugar, a verificar la compatibilidad de un concepto material de función administrativa como el propuesto con la Constitución Política y, en segundo lugar, a tratar de construir

un concepto propio de función administrativa coherente con nuestro texto político y capaz de sustentar el objeto del derecho administrativo.

Como ya anotamos, la Constitución Política colombiana no contiene un concepto de administración pública ni de función administrativa; sin embargo, hace referencia a una perspectiva material y a una subjetiva de la administración pública en distintas disposiciones ¹³⁹ y con esto abre la posibilidad para asumir una u otra posición de modo que se logre sustentar y dar explicación al derecho positivo subconstitucional calificado como administrativo.

No obstante, esta apertura conceptual del texto político, éste, dada su edad, atiende situaciones recientes que en buena medida han coadyuvado a la crisis o deterioro de una posición subjetiva de la administración pública, al momento de sustentar el derecho administrativo y que consecuentemente llaman la atención sobre la necesidad de identificar un concepto material:

- La posibilidad que tienen los particulares de ejercer funciones administrativas ¹⁴⁰ ;
- La posibilidad que tienen las administraciones públicas de ejercer funciones judiciales ¹⁴¹ ;
- La posibilidad que tienen las administraciones públicas de desarrollar actividades económicas en monopolio o en libre competencia ¹⁴² .

Estas hipótesis presentes en la actualidad en la mayoría de estados democráticos y de derecho, y fruto de un momento histórico preciso, dificultan o impiden la vigencia de un concepto subjetivo de administración pública, similar a aquél propio de la ideología liberal que motivó la formación de los estados de derecho occidentales. Al momento de establecer de manera coherente un régimen jurídico para estas situaciones, a más de otras convencionales, no sirve un concepto subjetivo sino uno material de la administración pública.

Lo interesante del caso colombiano es que se presentan con rango constitucional, lo cual de manera coherente con lo ya dicho, no solamente abre la posibilidad de un concepto material de administración pública, sino que cierra la posibilidad de un concepto subjetivo de ésta, no de manera abstracta, sino entendido como objeto del derecho administrativo.

Puede decirse entonces, que la viabilidad constitucional de un régimen

administrativo no puede en términos constitucionales materializarse de cualquier manera; es decir, que el derecho administrativo como régimen normativo distinto no puede obviar situaciones como las anotadas y una vez lo hace, éste no se puede explicar sino a partir de un concepto material de administración pública o más bien de función administrativa.

La Constitución colombiana no explica el objeto del derecho administrativo, pero fuerza a que esta explicación no pueda construirse a partir de una consideración subjetiva, sino que por el contrario, únicamente se pueda hacer con un concepto capaz de explicar o soportar que otros sujetos distintos a las administraciones públicas puedan, eventualmente, ser sujetos del derecho administrativo y que en algunas oportunidades las administraciones públicas pueden no tener que observar derecho administrativo.

Se evidencia consecuentemente no sólo la viabilidad sino la oportunidad constitucional de construir un concepto material como el de función administrativa, con referencia al objeto del derecho administrativo.

En lo que respecta al segundo aspecto, es decir, a la construcción de un concepto de función administrativa compatible con la Constitución Política, muchas de las vicisitudes teóricas anotadas guardan una estrecha relación con esta intención. Existe un rasgo evidente de las concepciones teóricas referidas que consiste en la necesidad de elaborar un concepto de función administrativa compatible con el principio constitucional de la división de los poderes públicos que, sin duda, resulta también relevante desde una perspectiva constitucional.

El texto político colombiano como ya se dijo, no conceptualiza la función administrativa pero establece unos principios y unas reglas para su ejercicio ¹⁴³ ; estos, apreciados en el contexto de las finalidades del estado en general ¹⁴⁴ , resultan más que compatibles con la idea de una función administrativa en un sentido amplio y con una alta carga finalística. De esta manera, la comprensión de la función administrativa como una actividad o un conjunto de estas, es plenamente compatible con la idea constitucional.

Partiendo de esta aproximación conceptual resulta prudente entrar a delimitar algunos rasgos o características capaces de diferenciar el fenómeno administrativo de otras manifestaciones de las finalidades públicas y hacer esto en el marco de la comprensión de la teoría de la división del poder público. Dicho de otra manera, nuestra construcción del concepto de función

administrativa en poco o nada difiere del reto que afrontaron las concepciones teóricas referidas en los numerales dos, tres y cuatro, en la medida en que una construcción material de este tipo se hace viable y oportuna en términos constitucionales y la vocación teleológica de la función administrativa es acorde con los mandatos de nuestro texto político.

En este sentido, compartimos la verificación doctrinaria de la complejidad del fenómeno administrativo y la dificultad de definirlo en términos materiales, por cuanto la función administrativa no es una actividad precisa de un sujeto de derecho, sino un conjunto de estas, caracterizado por unos elementos disímiles y heterogéneos. La función administrativa no es entonces una actividad sino un conjunto de actividades disímiles que dan desarrollo a las finalidades del estado.

Surgiría de esta manera una inquietud lógica: ¿es posible presentar de manera taxativa las actividades que conforman el concepto de función administrativa? La respuesta es afirmativa si así lo decide el derecho positivo; si en cambio este no hace nada al respecto, la dinámica propia del fenómeno administrativo, así como el reconocimiento de la rapidez con que se suscitan cambios de este en términos históricos, hace prácticamente inviable una construcción dogmática que indique estos elementos de manera unívoca.

Indiscutiblemente la Constitución Política al establecer distintas características del estado como su rol en la economía y su injerencia social, colectiva e individual, da luces sobre las actividades que materializan la función administrativa, aunque no las especifique de manera expresa ¹⁴⁵ ; pero esto no obsta para que se pueda construir de manera detallada un concepto de función administrativa haciendo alusión a las actividades relacionadas con éste.

El paso a seguir es entonces verificar, como lo hicieron algunas de las concepciones teóricas expuestas, si existen unas características comunes a estas actividades que permitan aproximarse de manera más exacta al objeto de estudio del derecho administrativo. En este sentido mucho de lo anotado encuentra respaldo constitucional o cuando menos es viable en este sentido para el caso colombiano ¹⁴⁶ :

- La función administrativa es por regla general acción material concreta y no acción general y abstracta.
- La función administrativa persigue por regla general satisfacción de intereses

públicos de manera concreta mientras que las otras funciones públicas sirven de presupuesto para ello.

– La función administrativa implica por regla general la asunción de un rol de parte de quien la ejecuta.

Insertamos en todas estas afirmaciones la expresión “por regla general” para subrayar que estas son características de nuestra función administrativa, pero como dijimos ninguna es absoluta y todas tienen excepciones. En términos conceptuales resulta impropio hacer referencia a características de las actividades que conforman la función administrativa, que a veces sí lo son y a veces no; esto fuerza de manera indiscutible a servirse de estas, y seguramente también de otras características para entender del mejor modo posible el fenómeno administrativo, pero no para conceptualizarlo.

Esta reflexión nos fuerza a dirigir la mirada a una construcción negativa antes que positiva del concepto de función administrativa. Somos conscientes de la trascendencia que representaría hacerlo de manera positiva, pero la complejidad del fenómeno administrativo y la dificultad de trazar siquiera unas características que logren de manera inequívoca diferenciar las actividades que lo conforma, nos conduce a seguir esta lógica.

En su momento resaltábamos la trascendencia de la construcción negativa o residual del concepto de función administrativa por evidenciar la heterogeneidad de las actividades que lo conforman. Esta concepción teórica es acorde con la teoría de la división del poder público, diferencia una manifestación administrativa aunque abstracta y general de la ley, además, responde a las exigencias constitucionales anotadas de construir un concepto material.

Una aproximación conceptual de este modo tiene problemas indiscutibles para explicar de manera sencilla y cotidiana la materia susceptible de ser regulada por un derecho administrativo; tiene también problemas –como se anotó– de comprender las manifestaciones de estado y de gobierno que parecieran comprender la función administrativa; tiene seguramente también otro tipo de problemas, pero se aproxima de manera inequívoca a un concepto que constituye el objeto del derecho administrativo.

Finalmente, resulta oportuno tratar un aspecto no referido en la revisión teórica y doctrinaria anotada. La materialidad absoluta que se advierte del concepto

aludido de función administrativa pareciera significar que cualquier sujeto de derecho puede desarrollarla; esto es parcialmente serio porque para hacerlo se hace necesario no solamente el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, sino también la habilitación de éste.

Al principio de legalidad que, como se anotó, debe ser distinto para las administraciones públicas y los particulares, debe dársele una lectura coherente con esta lógica material, y en ese sentido, no se puede partir de una habilitación general para que cualquiera pueda desarrollar función administrativa, sino específica por parte del derecho positivo.

Si no se considera así, cualquier sujeto de derecho que quisiera desarrollar actividades coincidentes con las finalidades del estado –como en efecto sucede–, al hacerlo escogería libremente su posibilidad de ejercer una función administrativa. Ésta debe tener un respaldo normativo pues en caso contrario se estaría violando la esencia material de la función administrativa acorde, como se dijo, con el texto político ¹⁴⁷ .

Sin duda alguna, para comprender cabalmente los alcances de esta disciplina jurídica, el concepto sugerido no basta y se hace necesario revisar su desarrollo, es decir las actividades que lo conforman y la manera como estas se materializan ¹⁴⁸ . El propósito inicialmente planteado de este capítulo se cumple, pero sólo parcialmente toda vez que es inviable entender el derecho administrativo, simplemente con un concepto de función administrativa de este tipo.

Queda pendiente por revisar si la función administrativa implica ejercicio de autoridad pública o no; este que es un aspecto fundamental de esta obra lo analizaremos con ocasión de la actuación administrativa o la concreción de las actividades administrativas ¹⁴⁹ . Anticipamos, sin embargo, para dar coherencia a este capítulo, que la función administrativa como concepto material debe prescindir en su definición la forma como se concreta, sino dejaría de tener los alcances y la naturaleza teleológica, que según anotamos, hacen parte de su esencia.

Finalmente, vale recordar y delimitar la importancia del concepto de función administrativa que se ha revisado en este capítulo. La utilidad de éste se ha concentrado, en su capacidad para delimitar el objeto del derecho administrativo, es decir, en la comprensión de que esta disciplina jurídica es aquella de la función administrativa y no la de un sujeto o unos sujetos específicos.

En este sentido, la identificación de la función administrativa serviría para constatar la procedencia del derecho administrativo, y allí radicaría la principal importancia del concepto revisado; importancia ésta bastante trascendental.

La correspondencia entre un derecho administrativo legislado como el colombiano y un concepto como el de función administrativa no puede, sin embargo, ser comprendida de manera automática. Probablemente en modelos jurídico administrativos como el francés –al menos en la primera mitad del siglo XX– donde el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo significaba la creación de unas reglas (derecho administrativo) que eran establecidas por la propia jurisdicción, y dicho conocimiento se establecía de conformidad con la aplicación de un concepto material, esto podía ofrecer cierto automatismo cuando quiera que bastaba verificar la constatación del concepto material, para atribuirle a esa situación unas reglas catalogables como derecho administrativo.

En el caso de un derecho administrativo legislado y altamente positivizado como el que caracteriza a Colombia, la determinación sobre la procedencia del mismo (y no el uso de las reglas del derecho común) la tiene el legislador y nadie más. Será éste quien decida en última instancia, si se aplica o no el derecho administrativo.

Esta importante decisión, no significa, sin embargo, la arbitrariedad de la misma y por ende la pérdida de importancia de un concepto como el que se ha analizado en este capítulo. Los fundamentos del derecho administrativo, y dentro de ellos, principalmente, el razonamiento material en torno a su objeto, detentan una importante función política, en la medida en que de ellos se debe valer el legislador al momento de adoptar su decisión ¹⁵⁰ .

Esta idea justifica aún más una metodología como la propuesta en el presente trabajo, donde el derecho positivo debe servir de fundamento para la creación de unos “fundamentos” del derecho administrativo y viceversa. Cuando el legislador entonces, observe los fundamentos del derecho administrativo, no está observando nada distinto, que una construcción teórica que nace principalmente de la revisión constitucional y jurídico positiva, que debe servir de sustento a un concepto como el que se ha estudiado en este capítulo.

Conclusión. El derecho administrativo como derecho de la función administrativa.

El uso común que se da a la expresión “administración” implica un tratamiento material (dinámico) y uno subjetivo (estructural); este uso se extiende a la comprensión de la administración pública y ha estado presente en múltiples construcciones teóricas y doctrinarias que de este argumento ha hecho el derecho administrativo, por concebirlo desde siempre como su objeto principal.

Resulta imposible separar ambas perspectivas y, por el contrario, se hace necesario apreciarlas de manera complementaria, de modo que sirvan para explicar y justificar un concepto que da sentido al derecho administrativo como es el de la administración pública. Lo que sí resulta inviable es pretender una construcción conceptual unívoca, que desprovista de consideraciones históricas, explique al fenómeno administrativo.

Sin duda alguna la visión histórica del fenómeno administrativo contribuye a una consideración más amplia de este, que a su vez sirve para identificar aquello que debe ser objeto de un derecho administrativo y aquello que no. El derecho administrativo nació en un momento histórico en el que se tenía una idea muy precisa de administración, que no es la de nuestra época, pese a mantener algunas características de entonces; esto ha producido una obstinación teórica por el mantenimiento intacto de un concepto de administración pública inserto en la teoría de la división del poder público en el que cada sujeto hace lo suyo y en el que el estado debía tener una actitud pasiva frente a situaciones concretas sociales y económicas y limitarse a garantizar libertades de tipo individual.

Por otra parte, el derecho que sirvió para dar certeza y garantía ciudadana sobre la configuración y la actuación de la administración pública, sirvió también para formalizarla, desde una perspectiva subjetiva, indicando con exactitud como estaba conformada y desde una perspectiva material, estableciendo unos confines claros a su actuación.

El derecho administrativo no puede ser más el derecho de la administración pública, si por ésta entendemos un conjunto de sujetos con múltiples y diversas funciones debidamente señaladas en la ley, que van desde la seguridad y salubridad pública y la prestación de servicios sociales, hasta la efectiva

manufactura de productos y provisión de servicios con dimensiones exclusivamente económicas.

El derecho administrativo no puede ser más, el derecho de la arbitrariedad legislativa, al momento de atribuir prerrogativas, cargas y deberes, a sujetos de derecho que por el solo hecho de tener naturaleza pública deben o pueden gozar y/o soportar estas atribuciones.

El derecho administrativo debe tener un referente material y sus análisis estructurales, estáticos o subjetivos deben estar condicionados a aquél. El derecho administrativo debe ser consecuente con las finalidades constitucionales de los estados actuales, y con la lógica económica y social también constitucional de estos, antes que con las calificaciones formales que se hagan de los sujetos de derecho.

La parte general del derecho administrativo o si se quiere los fundamentos de éste, no deben estar aislados de las determinaciones normativas que produzcan y fortalezcan las diferencias entre el derecho común y el derecho administrativo especial. Los fundamentos del derecho administrativo soportados en una realidad normativa y principalmente constitucional, deben servir de soporte para la producción normativa administrativa y para el estudio y comprensión de esta, y para ello se hace necesario un referente material de administración pública.

Se puede seguir haciendo referencia a una administración pública en un sentido material y considerar a ésta como objeto del derecho administrativo; preferimos, sin embargo, para evitar confusiones terminológicas que lleven a lo mismo, referir una función administrativa como el objeto del derecho administrativo.

Una función administrativa que refleja una dinámica de actividad para concretar las finalidades del estado consagradas en el ordenamiento jurídico, y que para esto se sirve de un aparato administrativo o público en general, pero también en algunas oportunidades privado.

Una función administrativa que es concreción y por ende acción de la teleología del estado, sin que esto quiera decir automatismo o ausencia de interpretación y argumentación de sus decisiones.

Una función administrativa que se manifiesta a través de actividades de diversa naturaleza y éstas, a su vez, se concretan a través de distintas manifestaciones tal y como lo desarrollaremos en los dos capítulos sucesivos.

Un concepto de función administrativa que existe de manera independiente a los mecanismos de su concreción, y por ende, le es ajeno el problema de si su actuación implica autoridad o no.

Una función administrativa entendida entonces, como un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales de estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior.

Finalmente, un concepto como el anterior debe tener alguna utilidad, y la que hemos propuesto es la de servir de fundamento para la comprensión de los linderos o si se quiere del objeto del derecho administrativo.

El uso indicado, de manera alguna, significa –al menos en Colombia–, que cuando se constate el ejercicio de una función administrativa, esa situación tendrá un régimen de derecho administrativo y no común; significa, en cambio, que el legislador deberá atribuir normas propias de este subsistema normativo, con fundamento en las bases constitucionales del mismo, y en la mayoría de los casos, la intensidad de este subsistema dependerá de la discrecionalidad del legislador, quien analizará en qué proporción se pueden utilizar normas de derecho común, y en qué proporción se deben incluir reglas jurídico administrativas.

La tajante división entre derecho público y privado de origen pandectista, no existe en nuestros días, y las relaciones intersubjetivas ofrecen porciones distintas de reglas de derecho público y privado, la intensidad de las mismas, le corresponde entonces trazarla, las más de las veces al legislador, y esta distribución, se debe hacer con arraigo a la Constitución Política y, por ende, con fundamento en un concepto de función administrativa como el anunciado.

III. LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS COMO CONCRECIÓN JURÍDICO POSITIVA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

*Premisa. Actividad administrativa entendida como quehacer administrativo.
Participación de sujetos públicos y privados.*

La aproximación conceptual que se ha hecho a la función administrativa, entendida como objeto del derecho administrativo, según se dijo, se materializa a través de distintas actividades, diversas entre sí, y difíciles de esquematizar, como consecuencia de la heterogeneidad material que es característica de este concepto. Revisar con cierto detalle la actividad administrativa es entonces un modo de llenar de contenido a la función administrativa, y de esta manera, aproximarse de forma más clara al objeto del derecho administrativo que es el propósito central de este libro.

Ésta, sin embargo, no ha sido la aproximación convencional utilizada por la doctrina; comúnmente se ha desarrollado este argumento aludiendo a una esquematización de las manifestaciones más frecuentes de las administraciones públicas, entendiendo a éstas desde una perspectiva formal, orgánica o subjetiva¹⁵¹. Desde esta óptica, el argumento estudiado ha constituido la construcción de la respuesta a la inquietud ¿Qué hace la administración pública?

Las razones de ello se infieren de ideas ya expuestas en los capítulos anteriores; es esta una aproximación que de cierta manera desconoce la connotación dinámica e histórica del derecho administrativo, y que centra la atención en una identificación posrevolucionaria (al menos en Francia) imposible de sostener en la actualidad: administración pública (en sentido subjetivo) = función administrativa = derecho administrativo. Si solo las administraciones públicas desarrollan funciones administrativas y ningún otro tipo de funciones, referir la actividad administrativa a las administraciones públicas en un sentido subjetivo, es perfectamente viable.

Si por el contrario, se reconoce que existen otros sujetos que desarrollan función administrativa y que a más de eso, en algunas oportunidades las

administraciones públicas desarrollan funciones no calificables como administrativas, resulta inviable afirmar que la actividad administrativa es la desarrollada por las administraciones públicas, al menos desde una perspectiva de estudio de derecho administrativo.

La realidad actual pareciera coincidir con la segunda hipótesis. No existe duda, en primer lugar, sobre la posibilidad de encontrar sujetos públicos y privados, no calificables formalmente como administraciones públicas, que desarrollan funciones de tipo administrativo. No son pocos los ejemplos de órganos legislativos y judiciales que desarrollan actividades, que aunque orientadas a satisfacer las finalidades del estado consagradas constitucionalmente, no corresponden a las funciones legislativa y judicial ¹⁵² ; así mismo, es común encontrar entes autónomos ¹⁵³ y/o de control que sin pertenecer a ninguno de los tres poderes públicos convencionales desarrollan actividades relacionadas con el concepto de función administrativa aludido ¹⁵⁴ y finalmente, cada vez es menos extraño percibir particulares que legítimamente cumplen funciones administrativas ¹⁵⁵ .

En cuanto a la posibilidad de que las administraciones públicas desarrollen actividades no susceptibles de calificarse como administrativas en la medida en que no constituyen desarrollo de la función administrativa, existen más dudas. La ausencia de una coincidencia entre muchas de las actividades que desarrollan las administraciones públicas en la actualidad, con aquellas que desarrollaban en el nacimiento del estado de derecho con una fuerte influencia de la ideología liberal, puede hacer pensar de manera equivocada en la asunción de un sinnúmero de funciones imposibles de calificar como administrativas por parte de las administraciones públicas modernas ¹⁵⁶ ; pero también puede hacer pensar en una vasta dinámica de la función administrativa que termina por desnaturalizar su esencia teleológica ya anunciada.

Vale la pena subrayar que aunque no se logre dar claridad a esta última hipótesis, la primera es suficiente para advertir la inoportunidad de una idea de actividad administrativa conexas a una connotación subjetiva de la administración pública. No existe duda de que la aproximación teórica al argumento de la actividad administrativa no puede ser otra, en la actualidad, que la de su consideración como concreción de la función administrativa, de manera indiferente a quién la desarrolle. Como se sostuvo antes, la actividad administrativa sirve a unos fundamentos del derecho administrativo para atribuir contenido a un concepto negativo de función administrativa como el que se ha señalado.

Lo que sí plantea dudas es si toda actividad de las administraciones públicas es administrativa o no; lo cual constituye el problema central de este apartado. Se pretende aquí hacer alusión a una tipología de actividades que den contenido al concepto de función administrativa, si bien no de manera exacta y taxativa, sí bastante ilustrativa y de ello se deducirá, al menos en un plano teórico, si todo lo que hacen las administraciones públicas puede llamarse actividad administrativa o no.

La pesquisa de esta tipología debe tener un origen normativo. Como lo señalamos anteriormente, el principio de legalidad que involucra el poder público tiene unas características bien precisas que fuerzan a que, por determinación legal, se deban indicar los sujetos habilitados para ejercer la función administrativa, así como las competencias y funciones precisas con que cuentan, para cumplir sus cometidos ¹⁵⁷ .

Esquematizar la actividad administrativa es, entonces, una tarea de análisis de derecho positivo, donde de la revisión de las funciones asignadas por la ley a todos y cada uno de los sujetos que cumplen una función administrativa, se debe derivar la oportunidad de sistematizar el quehacer administrativo. Sin embargo, esta metodología no se debe llevar a extremos; unos fundamentos del derecho administrativo deben construirse a partir de la revisión de la especialidad positiva de esta disciplina jurídica, pero deben también servir a ella, como se advirtió desde la presentación metodológica de este trabajo.

Con esta orientación, cada quién puede sistematizar según le resulte, las distintas tipologías de la actividad administrativa, siempre que se sirva del derecho positivo y lo haga para llenar de contenido el concepto de función administrativa. Esta sistematización debe, sin embargo, ofrecer una utilidad práctica, dogmática y de política legislativa ¹⁵⁸ , estos últimos entonces, los criterios de los que se debe servir la doctrina para realizar este ejercicio.

Con esta lógica, a partir de un análisis del panorama constitucional sobre la materia y una revisión sistémica de la normatividad general sobre ejercicio de función administrativa, haremos una revisión de las categorías que históricamente la doctrina ha referido como actividad administrativa: policía administrativa, servicio público y actividad económica, y calificaremos la oportunidad de éstas para explicar la concreción de la función administrativa.

Con este propósito se analizará en el primer literal de esta sección la actividad

administrativa, que aunque en términos doctrinarios comenzó a ser estudiada como tal, sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX, en términos históricos puede concebirse como la actividad administrativa por antonomasia, la policía administrativa. En efecto, la lógica propia de los estados liberales de derecho, según se anunció en el segundo capítulo de este libro, era ante todo la de imponer algunos límites a las libertades individuales y de ninguna manera la de desarrollar actividades prestacionales, y mucho menos industriales y comerciales.

En el segundo literal se analizarán las actividades administrativas de servicio público y económicas (industriales y comerciales) de las administraciones públicas, y se hará de manera conjunta por el sesgo económico que en la actualidad ofrecen ambas, en un contexto constitucional en el que los servicios públicos han dejado de ser un monopolio estatal, para ser concebidos también como actividades económicas insertas en una lógica de mercados competitivos.

Este ejercicio contribuirá a completar aún más nuestro propósito principal de identificar el objeto del derecho administrativo, ilustrando la concreción de la función administrativa, principalmente, en lo atinente a las fronteras de esta, es decir, a aquello que no puede concebirse como manifestación de ella.

A. POLICÍA ADMINISTRATIVA Y SU TRANSFORMACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera perplejidad que se observa del análisis de esta tradicional actividad administrativa es terminológica; en efecto, ella puede hacer pensar al mismo tiempo, en la polis griega, en una sociedad “civilizada”, en la intervención pública en general, o en aquella relativa a la seguridad civil, e inclusive, en una ciencia que se identifica con nuestro objeto de estudio ¹⁵⁹ .

Superado ya el análisis de la ciencia de policía como origen del derecho administrativo, y centrando nuestra atención ahora en una modalidad o categoría de la función administrativa de fácil identificación, debemos atender la configuración de un concepto que en términos doctrinarios no ha coincidido con la totalidad de la función administrativa, sino únicamente con una fracción de ésta.

Así mismo, debe advertirse, que desde una perspectiva histórica y en el sentido más material posible de la función administrativa, la policía debe concebirse como la actividad administrativa por antonomasia, al menos en el naciente estado de derecho en el que la garantía de derechos individuales, constituía su razón de ser.

Esta realidad histórica, sin embargo, no es observada en términos rigurosos por la doctrina jurídico administrativa, por la sencilla razón de que cuando ésta comenzó a desarrollarse –segunda década del siglo XX– estaba en pleno proceso de transformación una idea de estado de derecho por la de social y democrática de derecho, así como por el desmedido impacto de la teoría del servicio público como justificadora del naciente derecho administrativo.

Por lo anterior, si bien desde una perspectiva de revisión histórica de las administraciones públicas, en el contexto de un naciente estado de derecho, éstas desarrollaron primero actividades de policía administrativa y luego de servicio público, desde el punto de vista doctrinario, en cambio se aludió al servicio público y luego a la policía administrativa.

En efecto, buena parte de la doctrina contemporánea refiere la policía administrativa junto al servicio público, como las dos manifestaciones que por excelencia dan explicación coherente a la heterogeneidad de la función administrativa. Esta tendencia, sin embargo, no es común en todas las latitudes, y representa quizás su máxima manifestación en los escenarios francés y latinoamericano ¹⁶⁰ .

En este orden de ideas vale la pena advertir que la doctrina “clásica” del derecho administrativo francés ¹⁶¹ concibió a la policía administrativa no propiamente con la comprensión de ella como una de las actividades administrativas, sino como un “derecho” de las administraciones públicas, para con base en él poder organizarse pero, sobre todo, para poder prestar los servicios públicos ¹⁶² .

En este sentido, el tratamiento teórico que se le daba a la policía administrativa era el de la necesidad de la consagración legal de unos poderes de las administraciones públicas, necesarios para evitar “desordenes”, es decir, para garantizar un orden público que se identificaba con la seguridad, la tranquilidad y la salubridad ¹⁶³ .

Hauriou indicaba que los medios susceptibles de utilizarse con esta finalidad, tradicionalmente se identificaban con la capacidad de proferir normas (reglamentación) y acciones coercitivas; identificación ésta que servía para efectos de diferenciarla de una actividad judicial, bastante parecida pero sutilmente diferente, como era la propia del ámbito penal ¹⁶⁴ .

La razón por la cual la policía administrativa era concebida más que como actividad administrativa, como derecho (poder) de la administración pública para poder cumplir sus fines, salta a la vista; el servicio público se identificaba con la totalidad de la función administrativa, y por este motivo la policía era concebida como un medio para la realización de aquél. Las administraciones públicas demandaban “derechos” (poderes) a través de los cuales imponían ciertos límites a los derechos fundamentales, con la única finalidad de servirle a la comunidad, es decir, de prestar un servicio público ¹⁶⁵ .

Esta comprensión francesa del argumento que se estudia, sin embargo, cambió; probablemente la identidad propia que fue adquiriendo el concepto de orden público y sus evidentes distinciones, cada vez más marcadas, con el interés general, produjeron que se identificaran dos finalidades distintas de las administraciones públicas (la satisfacción del interés general y la preservación

del orden público), que a su vez daban lugar o fundamentaban dos actividades también distintas (servicio público y policía administrativa).

Sin duda se trata de dos conceptos jurídicos indeterminados y por ende de no fácil comprensión, que dependiendo el punto de vista desde el que sean observados, pueden apreciarse más o menos diferenciados entre sí; lo cierto es que comenzaron a evidenciarse diferencias sustanciales, materiales y prácticas cuando quiera que la administración pretendía satisfacer el interés de los coasociados, en confrontación con la imposición de límites ciudadanos a través del ejercicio de poderes que en última instancia sólo pretendían un orden.

En desarrollo de lo anterior, la doctrina francesa contemporánea presenta a la policía administrativa como una efectiva actividad administrativa, similar a la judicial, pero diferenciada de ella, en cuanto “administrativa”, cuya característica principal es su orientación a la preservación del orden público, a través de la concreción de reglas (normas) y actos materiales, que suponen, las más de las veces, una limitación a los derechos de los coasociados ¹⁶⁶.

Esta idea en nuestra comprensión, a más de resultar acorde con la doctrina jurídico administrativa del orden nacional ¹⁶⁷ es plenamente compatible con la configuración constitucional de los fines del estado. En efecto, desde el artículo 2.º de la Carta Política, relativo a este tema, se consagran aquellos de “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Así mismo, dentro de las funciones del presidente de la república quien a más de jefe de estado y de gobierno, se esboza como suprema autoridad administrativa, se establece en el numeral 4 del artículo 189 constitucional: “conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”.

En este sentido, si bien al estado le corresponde garantizar las distintas generaciones de derechos consagradas en términos constitucionales, le es también viable imponer ciertas restricciones a las que se hará alusión más adelante, con miras a la garantía también del orden público, el cual se esboza como un principio constitucional.

Al respecto se debe aclarar que la preservación del orden público no le corresponde, exclusivamente, en términos constitucionales a la administración pública; obviamente esta función también es propia de las funciones legislativa y

judicial, lo que en términos prácticos lleva a delimitar la policía administrativa a partir de un concepto material de administración pública, lo que según se indicó en la segunda sección de este capítulo, no es un aspecto nada fácil ¹⁶⁸ .

Esta fundamentación constitucional del orden público como bastión del ejercicio de función administrativa –a más de legislativa y judicial–, al igual que ocurre con la prevalencia del interés general –para el caso de los servicios públicos–, encuentra el problema ya anunciado de la indeterminación de este concepto y por ende, su difícil delimitación práctica.

Tradicionalmente, según se indicó, la doctrina ha concebido a la seguridad, la tranquilidad y la salubridad como los componentes básicos del orden público que se deben preservar a través del ejercicio de la función administrativa. Así mismo, la materialización normativa y coercitiva - material de esta función ha dado lugar a la comprensión de la sucesiva limitación de derechos de corte individual.

Ambos aspectos de la policía administrativa, sin embargo, han sufrido cambios en época contemporánea, como consecuencia principal, de la ampliación de los catálogos de derechos de los constitucionalismos modernos, así como por la superación de la forma de derecho, por la social y democrática de derecho que caracteriza a los estados contemporáneos.

A la tradicional seguridad, tranquilidad y salubridad se le han agregado entre otros, ingredientes de moralidad ¹⁶⁹ y estabilidad económica ¹⁷⁰ , lo que significa, sin asomo de duda, una ampliación de un derrotero que orienta el ejercicio de la función administrativa.

Dar estabilidad y “orden” a una sociedad, no se agota entonces en la época actual, con la tranquilidad, la seguridad y la salubridad ciudadanas, se hacen necesarios otros objetivos complementarios, coherentes con las realidades materiales, pero también formales, tales como los distintos rasgos que caracterizan hoy a los estados. No es fortuito entonces, que algún sector de la doctrina, frente a la manifestación más clara y evidente del concepto de policía administrativa tradicional –la seguridad–, aluda a éste como policía administrativa general, y comprenda al interior de categorías especiales, otras manifestaciones como las que se han referido, que de manera indiscutible caracterizan a la función administrativa moderna ¹⁷¹ .

Por otra parte, según lo indicado, la ampliación de los catálogos de derechos y la sucesión de las generaciones de los mismos en términos históricos ha dado lugar, en no pocos escenarios, a un replanteamiento de la idea originaria de la policía administrativa, según la cual, el ejercicio de esta actividad administrativa suponía la limitación de derechos y libertades individuales.

Esta idea originaria de la policía administrativa fue explicada por no pocos autores, a partir de la comprensión de la hoy teoría clásica de la subjetividad de los derechos de Jellinek. En este contexto se entendía que con el ejercicio de la actividad administrativa que se estudia, se afectaba el status negativus libertatis o aquella esfera individual donde al estado se le deriva un “no hacer”. En efecto, el estado terminaba “haciendo” algo, y esta realidad no podía sino observarse como una evidente limitación a uno de los tres estatus de los derechos subjetivos (negativus libertatis, positivus civitatis y activae civitatis) ¹⁷² .

La aparición de los derechos de segunda generación, pero principalmente de aquellos de una tercera (colectivos) comportó un cambio comprensible de la policía administrativa, donde el ejercicio de esta actividad abocaba la importante tarea de realizar intereses colectivos y sociales, antes que limitar derechos y libertades individuales, con el entendido de que estos últimos debían garantizarse en el contexto de un estado social y de derecho donde conviven derechos fundamentales (igualmente subjetivos) de distinta naturaleza, y donde lo individual se debe comprender en un contexto racional y ponderado en el que prima el interés general, la solidaridad y la igualdad material sobre los individualismos ¹⁷³ .

Esta situación ha sido advertida no sólo por la doctrina nacional ¹⁷⁴ sino también por la Corte Constitucional, quien ha insinuado el contrasentido de que con una de las manifestaciones de la función administrativa se limiten o restrinjan derechos individuales, y más bien que se comprenda a estos en el justo contexto de un estado como el colombiano que ha adoptado la forma social y democrática de derecho ¹⁷⁵ .

B. LA INFLUENCIA DE LA ECONOMÍA Y LA CONCEPCIÓN DE ESTADO EN LA TRANSFORMACIÓN DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y NO ADMINISTRATIVAS. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DESPLEGADA POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las transformaciones del estado, como se indicó en la segunda sección, determinaron cambios significativos en la forma de concebir las administraciones públicas y, por ende, también la función administrativa ¹⁷⁶. Sin duda alguna, como ya se refirió, la policía administrativa fue por antonomasia la actividad administrativa propia del estado de derecho de tradición liberal, e inclusive antes, mientras que los servicios públicos comenzaron a hacer parte de las consideraciones jurídico administrativas, solamente a partir del siglo XX ¹⁷⁷ y de manera casi simultánea a la consolidación de una forma social y de derecho de estado.

A partir de un análisis de fuentes doctrinarias es difícil encontrar una relación directa entre la consolidación de la forma social y de derecho del estado y el entendimiento de los servicios públicos como ejercicio de la función administrativa. Las construcciones teóricas y dogmáticas de una y otra institución no hacen mención a inferencias recíprocas y si bien el argumento relativo a las finalidades del estado hace parte del bagaje común de ambas, los enfoques de teoría del estado por una parte y teoría jurídica, por la otra, son más que evidentes ¹⁷⁸.

Lo anterior no obsta para reconocer la oportunidad más que la coincidencia histórica de ambos fenómenos, reflejo de un sinnúmero de circunstancias que forzaban una revisión teórica del modelo liberal fundado en un individualismo de talante jusnatural. La crisis de la ideología de la mínima injerencia del estado era de manera indiscutible el insumo principal para que éste adoptara una forma distinta, así como para que su parte más dinámica y que se interrelaciona de manera más directa con la comunidad, asumiera unos roles antes desconocidos y que se traducían principalmente en actividades de tipo prestacional.

La idea del servicio público como premisa identificadora de la función administrativa fue, sin duda alguna, recogida por una escuela del pensamiento

jurídico de enorme importancia ¹⁷⁹ ; esta escuela sin embargo, no creó el fenómeno, sino lo refirió en términos históricos; dicho de otra manera, tuvo el inmenso mérito de analizar la realidad, de reconocer la dinámica histórica del fenómeno administrativo y hacer una construcción doctrinaria con pretensiones dogmáticas, de inmensas repercusiones en la evolución, y aun en la actualidad del derecho administrativo ¹⁸⁰ .

La consciencia del nuevo curso que estaba asumiendo y por ende, (desde una perspectiva dogmática) que debía asumir la función administrativa fue tan fuerte, que lo que pudo ser el reconocimiento de una nueva dirección de ésta, se convirtió en su única razón de ser; y de esta manera, se produjo más que el desplazamiento del reconocimiento de una actividad de policía, una precondición de ésta a la lógica del interés general, referente unívoco del servicio público, o cuando menos, la comprensión suya como un “derecho” de las administraciones públicas para poder prestar servicios públicos, según los indicábamos en el anterior literal.

De esta manera, por ejemplo, cuando se prestaba asistencia sanitaria a unos menores de edad, o cuando se exigían autorizaciones para el desarrollo de algunas actividades económicas, en ambos casos, se perseguía la satisfacción del interés general, y por ende, ambos eran comprensibles dentro de la categoría de servicios públicos.

Dicho de otro modo, si bien con la construcción teórica de los servicios públicos se reconoció una nueva actividad propia del ejercicio de la función administrativa, aquella se presentó como la única manifestación de ésta, y por ende, como un concepto capaz de abarcar la otra gran tipología de función administrativa aludida, la policía administrativa. Esta última no desapareció, comenzó a explicarse al interior del nuevo concepto más amplio, y en general totalizador de la actividad administrativa ¹⁸¹ .

Tuvo que sobrevenir la denominada “crisis del concepto de servicio público” ¹⁸² que no es otra cosa, que la incapacidad de éste para justificar la procedencia en términos inequívocos y absolutos del derecho administrativo, para atribuir una dimensión más acorde a una importante actividad que si bien no podía continuar siendo la “piedra angular” de la disciplina jurídico administrativa, sí demostraba un cambio histórico de inmensas repercusiones en lo que respecta a la actividad administrativa.

De esta manera, se reformularon las bases históricas para la comprensión de la función administrativa, de modo que servicios públicos y actividad de policía se concibieron como las manifestaciones de ésta y, por ende, en objeto de estudio obligado para el derecho administrativo.

La crisis del servicio público no supuso entonces su desaparición en el objeto de estudio del derecho administrativo, más bien coadyuvó en su reconocimiento como una actividad administrativa cuya característica principal, antes que reprimir limitar o garantizar un orden era servir, y esta acción por los cambios sufridos por el constitucionalismo como consecuencia de la apreciación de los derechos sociales, resultaba bastante trascendental en el contexto de los fines de un estado que trascendía el individualismo por una comprensión social, igualitaria y solidaria de sus habitantes.

Por ello el servicio público no adquiere solamente una óptica de gobierno o de política pública, es también un derecho y esto comporta una inmensa transformación en las relaciones intersubjetivas existentes entre los particulares y las administraciones públicas, toda vez que éstas no sólo deben limitar algunos comportamientos de aquellos para mantener el orden público, sino deben también garantizar efectivas exigencias de tipo social, y para hacerlo necesitan desarrollar actividades de orden prestacional, o al menos asegurarse que estas se desarrollen.

Vale la pena destacar que hasta el momento se ha aludido a una transformación o si se prefiere una ampliación de la función administrativa que coincide con una también transformación o ampliación de las funciones de las administraciones públicas desde una perspectiva subjetiva. Esto porque a la época del reconocimiento de la actividad de servicio público, resultaba impensable que las cargas administrativas que ésta comportaba pudieran trasladarse a sujetos privados; se demandaba entonces una administración pública más amplia, más compleja, con más dinero, con mayores imperativos de eficacia y eficiencia ¹⁸³ .

Las transformaciones subjetivas, orgánicas, financieras y en general de administración que esto comportó, son evidentes en términos históricos en distintos países dentro de los que se encuentra Colombia. Las administraciones públicas se multiplicaron y con ello el estudio del deber ser administrativo, principalmente en relación con exigencias de economía, transparencia, eficacia y eficiencia; también sucedió que se idearon instrumentos que promovieran la participación de particulares en actividades catalogadas como servicio público,

de manera que se ampliara o mejorara su cobertura en el marco del cumplimiento de los imperativos aludidos ¹⁸⁴ .

Así mismo, las evidencias de cobertura, condiciones técnicas y precios de algunos estados donde la idea de servicio público no había tenido impacto (principalmente Estados Unidos), en confrontación con altas tasas, bajas coberturas y condiciones técnicas, muchas veces motivadas por la ineficiencia de las administraciones públicas, donde sí existía un servicio público con relación directa a una idea de estado, condujo, primero en Europa, y luego en América Latina, a un proceso de liberalización que en algunas oportunidades estuvo acompañado de privatizaciones, donde la idea de mercados abiertos en el sector y libre competencia (pública y privada) se impuso en la comprensión de una actividad administrativa que hasta entonces era concebida casi siempre en términos de monopolio estatal.

La adopción de los nuevos modelos de gestión aludidos trajo consigo numerosas discusiones de tipo ideológico e inclusive teórico que representan confrontación de ideas sobre el papel del estado frente a la sociedad. No siendo el propósito de esta obra la atención de este tipo de consideraciones podemos afirmar que han sido una realidad en la mayoría de países occidentales, y su incidencia desborda los confines doctrinarios y se inserta en el terreno de las políticas públicas ¹⁸⁵ .

Negocios jurídicos como los contratos de concesión, autorizaciones administrativas como licencias de gestión, composición mixta de sociedades comerciales que desarrollan servicios públicos, procesos de liberalización, privatizaciones son algunos de los instrumentos que en este sentido se han adelantado, y que presentan en la práctica un panorama de gestión de los servicios públicos en los que participan sujetos públicos y privados.

Este panorama, principalmente aquél que se deriva de las liberalizaciones, condujo entonces, a la conversión de los servicios públicos en efectivos campos del mercado, donde participan y deben participar en igualdad de condiciones agentes económicos públicos y privados a los cuales debe garantizársele la libre competencia ¹⁸⁶ .

Toda esta realidad de los servicios públicos implica que estos, en algunas oportunidades alcancen una connotación económica; no puede existir duda en que si se permite la iniciativa privada y se garantiza la libertad económica frente a la actividad de servicios públicos, ésta alcance la calificación de actividad

económica cuandoquiera que se verifique esta hipótesis ¹⁸⁷ .

Sin embargo, lo anterior no significa el fin de la actividad de servicios públicos como parecieran entenderlo algunos ¹⁸⁸ . En la medida en que estos guarden relación con las finalidades del estado consagradas constitucionalmente, sin importar la naturaleza de quien los preste, seguirán siendo –según la indicación conceptual sostenida en el segundo capítulo–, la función administrativa.

Las transformaciones en el modelo de gestión de los servicios públicos no cambian, de manera alguna, la subjetividad de los destinatarios de los mismos y la efectiva configuración de verdaderos derechos fundamentales frente a ellos. En el modelo social y de derecho que nos caracteriza, así como a muchos otros estados, continua presente la misma expectativa ciudadana de que se cumplan los fines del estado y si estos se logran a través de un ejercicio directo o indirecto de las instancias publicas, no por ello estas actividades pueden dejar de concebirse como concreción de la función administrativa ¹⁸⁹ .

Si del texto constitucional y en general del ordenamiento jurídico en cambio se desprendiera un desinterés del estado por las exigencias y necesidades básicas de la comunidad, los modelos de gestión aludidos no serían otra cosa que instrumentos transitorios para el afianzamiento de mercados donde el estado en igualdad de condiciones que los particulares puede participar.

En la realidad colombiana –se insiste– esto no es así ¹⁹⁰ , los servicios públicos siguen siendo servicios públicos aunque alcancen en algunas ocasiones connotaciones económicas, y como tales, deben seguir considerándose como función administrativa. El concepto de función administrativa tiene una naturaleza eminentemente teleológica y, en ese sentido, cobija todo aquello que guarde una estrecha relación con los fines del estado ¹⁹¹ .

Con esta comprensión se debe advertir que en el caso colombiano, como acontece en la mayoría de estados con similar comprensión en la materia, la calificación de servicio público depende de su contemplación legal. Es la ley entonces, la que señala cuáles actividades son servicio público y cuáles no, situación que según nuestra comprensión, significa su consideración como actividad administrativa, en tanto constituyen manifestación de función administrativa.

Como se observa, no se trata de insistir con aires nostálgicos, como parecieran

entenderlo algunos ¹⁹² , en una comprensión de los servicios públicos asimilable a aquella que caracterizó a la escuela del servicio público, y según la cual existía identificación plena entre el concepto que se estudia y la función administrativa. La afirmación de que los servicios públicos son función administrativa en Colombia es, en nuestra opinión, la consecuencia lógica de la lectura de uno y otro concepto en el seno de la Constitución Política, y con los alcances que hemos pretendido señalar en páginas anteriores.

Ahora bien, de lo anterior no se debe colegir que por el hecho de que los servicios públicos sean función administrativa se derivan un régimen jurídico administrativo en términos absolutos para ellos. Hasta el momento se ha expuesto a la función administrativa como el necesario sustento de un derecho administrativo contemporáneo, pero ya se ha insinuado y se corroborará más adelante, que esta consideración no comporta la procedencia de un régimen 100% administrativo, toda vez que eso es inviable en nuestros días.

Al legislador le corresponde establecer las dosis de derecho administrativo que considere necesarias para determinadas relaciones jurídicas y estas nunca alcanzan niveles absolutos. Sin embargo, sólo tendrá capacidad de establecer éstas, cuando quiera que tenga en frente manifestaciones de función administrativa, en los términos de comprensión de este trabajo.

Otra consideración debe hacerse frente al caso de las actividades económicas (industriales y comerciales) de las administraciones públicas. Éstas obedecen, por su parte, a un momento histórico posterior a la construcción, consolidación y reconocimiento de los servicios públicos como actividad administrativa ¹⁹³ , al que ya se hizo referencia y que, entre otras, se caracterizó por la incidencia determinante de algunas políticas económicas precisas, así como por la influencia de algunas ideologías de la época y las consecuentes transformaciones políticas.

A primera vista, las actividades económicas (industriales y comerciales) de las administraciones públicas, si bien han encontrado sustento político y constitucional, no dan lugar a su comprensión como actividad administrativa, en cuanto no existiría una correspondencia entre su contenido material y los fines del estado contemplados constitucionalmente, principalmente, aquellos de naturaleza social que comenzaron a caracterizar a los estados occidentales desde la primera mitad del siglo XX.

Como consecuencia de lo anterior, algunos ordenamientos jurídicos como el francés, comenzaron en términos doctrinarios a exponer este fenómeno, como la identificación de algunas actividades administrativas (calificativo en virtud de un razonamiento orgánico) cuyo régimen jurídico no podría ser el derecho administrativo sino, por el contrario, el derecho común ¹⁹⁴ . Vale la pena destacar, que para apoyar esta idea, bastante difundida, servía cualquier justificación del derecho administrativo de naturaleza material o teleológica ¹⁹⁵ .

En el caso colombiano, si bien pareciera haber tenido acogida esta comprensión, en época más reciente, en específicas materias contractual y de responsabilidad extracontractual principalmente, el derecho administrativo nacional pareciera haberse distanciado un poco de esta situación, al prever no pocas hipótesis de régimen jurídico administrativo, cuando quiera que se esté en frente de actividades económicas desarrolladas por las administraciones públicas.

En efecto, en la construcción del régimen de organización administrativa de 1968 ¹⁹⁶ , de manera homóloga al ordenamiento francés, se concibió a una entidad administrativa específica que debería constituirse, cuando quiera que la administración pública fuera a desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial: las empresas industriales y comerciales del estado ¹⁹⁷ . Y en lo que respecta al régimen jurídico de ellas, se dispuso expresamente que sería el derecho común y no el administrativo ¹⁹⁸ , razonamiento que según lo expuesto, descansaba exclusivamente en consideraciones materiales y teleológicas.

La construcción y maduración de un régimen de responsabilidad extracontractual del estado distinto al civil u ordinario ¹⁹⁹ , y la aparición de regímenes de contratación administrativa ²⁰⁰ , a título de ejemplo, condujeron a una construcción distinta, según la cual si bien la regla general es que las administraciones públicas que desarrollan actividades industriales y comerciales (empresas industriales y comerciales del estado) detentan un régimen de derecho común, en algunas circunstancias (en absoluto insignificantes) se rigen por reglas excepcionales o de derecho administrativo.

Esta peculiar realidad del ordenamiento colombiano, de manera simplista podría comprenderse con la combinación de un sustento material (función administrativa) y uno subjetivo (u orgánico) del derecho administrativo. Sin embargo, no podemos compartir esta apreciación, toda vez que en nuestro entender deben también existir razones materiales que justifiquen dicha situación, no porque así nos parezca de manera intuitiva, sino porque nuestro

ordenamiento normativo, parte de una realidad, y es que por regla general a las administraciones públicas que desarrollan actividades industriales y comerciales se les aplica el derecho común.

Esta sola situación, fuerza a la comprensión de unas razones materiales que sirvan para justificar un tratamiento jurídico administrativo de la hipótesis que se estudia. En otras palabras, produce el imperativo teórico de catalogar de alguna manera a las actividades económicas de las administraciones públicas como función administrativa.

Para resolver este reto consideramos trascendente, en términos de constitución económica, distinguir entre actividades económicas desarrolladas por las administraciones públicas en un esquema de competencia, y actividades económicas que son desarrolladas por las administraciones públicas en un escenario de monopolio. Hipótesis ambas, que de conformidad con la dirección que el estado detenta en la economía en el caso colombiano (art. 334 C. P.) resultan viables.

En el primero de los casos, es decir, cuando las administraciones públicas desarrollan actividades económicas en un ambiente de mercado abierto y libre competencia con los particulares, como por ejemplo la actividad de imprenta ²⁰¹ o la producción siderúrgica ²⁰², surge un problema evidente cuando quiera que se piense en un eventual régimen jurídico administrativo para ellas.

En la práctica se observarán agentes económicos empresariales con un régimen excepcional (derecho administrativo), compitiendo con agentes de igual naturaleza con un régimen de derecho común; sin necesidad de adentrarse en el análisis de específicas conductas competitivas, salta a la vista la evidente distorsión del derecho a la libre competencia (art. 333 C. P.) como consecuencia de la ruptura de un presupuesto mínimo de este derecho constitucional: la igualdad de los agentes económicos.

El derecho a la libre competencia se convierte entonces en un límite constitucional, para la eventual procedencia de un régimen jurídico administrativo, para aquellas administraciones públicas que desarrollen actividades económicas de naturaleza industrial y comercial en un escenario competitivo. Así mismo, desde una perspectiva material el objeto de este tipo de actividades no pareciera encontrar una relación directa con los fines del estado; se evidencia entonces la dificultad de percibir, en estas actividades, una

manifestación de función administrativa y si así se hiciera (de manera forzada en nuestra opinión), se encontraría un límite constitucional, en absoluto insignificante, como lo es el derecho a la libre competencia.

De esta manera, parecieran reñir, con las bases constitucionales de nuestra materia, aquellas manifestaciones normativas, orientadas a atribuir un régimen excepcional (jurídico administrativo) en consideración con el común, a aquellas administraciones públicas que desarrollan actividades económicas industriales y comerciales, en un escenario de libre competencia con agentes privados.

Ésta –en nuestra opinión– incomprensión constitucional se manifiesta por ejemplo, con la consideración de las empresas industriales y comerciales del estado, como entidades estatales, para efectos de atribuir a ellas un régimen especial de contratación (art. 2.º Ley 80 de 1993), dentro del que se encuentran, entre otras, la posibilidad de ejercer prerrogativas públicas, tales como la declaratoria de caducidad o la liquidación unilateral de los contratos.

Se perciben, por el contrario desarrollos normativos, que con alto tecnicismo son conscientes de esta realidad de la constitución económica colombiana, al excluir la procedencia del régimen jurídico administrativo, a actividades que se desarrollan en competencia, e inclusive en forma monopólica, siempre que sean objeto de regulación económica (art. 14 Ley 1150 de 2007) ²⁰³ .

La hipótesis que se analiza no se puede confundir con la prestación de servicios públicos por agentes públicos y privados en un escenario competitivo, pues como se indicó, la connotación económica que adquieren aquí los servicios públicos, no los hace perder su fisonomía de función administrativa con las consecuencias advertidas.

La discriminación entre agentes públicos y privados que desarrollan actividades económicas industriales y comerciales en un ambiente de competencia que se produciría como consecuencia de la consideración de este tipo de actividades, cuando quiera que son desarrolladas por administraciones públicas como actividades administrativas, implica entonces una lectura que en nuestra opinión contraviene la constitución económica, lo cual frente, a compromisos internacionales en un mundo globalizado ²⁰⁴ se hace aún más trascendente y fuerza a una necesaria reconstrucción del derecho positivo frente al acontecimiento.

No se trata de negar, ni mucho menos de poner obstáculos a la intervención del estado en la economía a través de la asunción de éste, de un rol industrial y comercial; el derecho administrativo de nuestros días tiene que ser consciente de que la discriminación normativa entre agentes públicos y privados no se puede desarrollar en relación de su denominación, en un escenario competitivo, sino únicamente con un fundamento material (función administrativa) que no se percibe cuando quiera que el estado desarrolla actividades económicas en la forma como se analiza ²⁰⁵ .

Otra interpretación, en nuestra opinión, debe hacerse en el caso de las actividades económicas que son desarrolladas por el estado en condiciones monopolísticas marginadas de cualquier tipo de regulación económica. En efecto, vale la pena recordar que de conformidad con lo establecido en la constitución económica colombiana, y en particular en el artículo 336 constitucional, la única posibilidad de existencia de monopolios es como “arbitrio rentístico” y “con una finalidad de interés público o social” y si bien, allí mismo se hace referencia a dos de ellos: “suerte y azar” y “licores”, también se establece una reserva legal en lo que respecta a su creación.

Sin necesidad de adentrarse en las pocas reglas constitucionales que se establecen sobre ellos, vale la pena subrayar cómo en esta hipótesis de intervención del estado en la economía se aprecia sin vacilaciones todo el poder del estado en materia económica, donde inclusive se pueden excluir del mercado a agentes económicos privados que desarrollen actividades específicas que pasan a ser asumidas de manera exclusiva por el estado ²⁰⁶ . La especificidad de este tipo de actividad económica desarrollado por las administraciones públicas, y sus diferencias con aquella que se desarrolla en un escenario de mercado abierto y libre competencia, justifican una lógica diferente, que conduce a una posición diversa.

En efecto, las razones que pueden llevar al estado a la constitución de un monopolio como arbitrio rentístico no pueden ser arbitrarias, sino deben encontrar sustento en los fines de este, en particular la satisfacción del “interés público o social”, situación abiertamente distinta a las motivaciones del estado para el desarrollo de actividades económico competitivas, las cuales sin duda alguna pueden ser simplemente económicas, de conformidad con nuestro modelo de constitución económica.

Así mismo, cual si fuera poco lo anterior, la misma Constitución Política

establece textualmente:

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Lo anterior quiere decir que por expreso mandato constitucional, el régimen jurídico de las actividades económicas desarrolladas por las administraciones públicas en condiciones de monopolio (arbitrio rentístico) no pueden tener un régimen jurídico común, asimilable al de las actividades económicas en general, sino que necesariamente éste debe ser “excepcional”, excepcionalidad que en nuestra opinión se identifica de manera indiscutible con un régimen jurídico administrativo.

Por ello si bien las actividades económicas competitivas desarrolladas por las administraciones públicas no pueden concebirse como función administrativa; no ocurre lo mismo con aquellas actividades económicas que son desarrolladas en ejercicio de un monopolio estatal en los términos establecidos en la Carta Política, ya que en el caso de estas últimas, se evidencia el ejercicio efectivo de una función administrativa, que como tal debe tener un régimen jurídico coherente que se caracterizará por la dosis (necesaria) de especialidad que a bien tenga el legislador establecer.

También en el caso de la tipología de actividad económica que se analiza deben evitarse las confusiones con los eventuales monopolios que en materia de servicios públicos puedan existir, o los límites que a la libre competencia de ellos se puedan imponer de manera legítima. Estos encuentran sustento constitucional distinto (de manera lógica) y, se insiste, que en la hipótesis de creación de uno de ellos, lo que se produciría es la eliminación de la connotación económica de un determinado servicio público, pero continuaría siéndolo siempre; es decir, servicio público con o sin connotación económico competitiva, es ejercicio de la función administrativa, de conformidad con el régimen y estructura de ellos, previsto en la Constitución Política.

Finalmente, vale la pena siquiera nombrar una situación, que como consecuencia de una difundida comprensión interpretativa de origen constitucional,

constituiría la única excepción a la materialidad anunciada y, por ende, el único vestigio de una consideración orgánica de la procedencia del régimen jurídico administrativo.

Se trata del régimen propio de la responsabilidad extracontractual del estado, el cual si bien se estructuró en la primera mitad del siglo XX en el derecho nacional, principalmente en atención al concepto de servicio público (falla en la prestación del servicio) en época más reciente encuentra desarrollos diversos, que lo hacen distinguible de la responsabilidad civil, y que parecieran encontrar sustento únicamente en la naturaleza pública del agente infractor.

Esta interpretación, bastante difundida, para sobrevivir en un esquema como el señalado en esta sección, debería encontrar sustento en una disposición constitucional, es decir, debería entenderse como resultado lógico de lo prescrito en el artículo 90 constitucional, el cual se ocupa específicamente del daño resarcible cuando es producido por el estado.

Resulta urgente en la actualidad, profundizar en estudios teóricos y porque no, dogmáticos, que justifiquen la precedencia de un régimen jurídico distinto (¿derecho administrativo?) cuando quiera que al estado le resulte imputable un daño, ¿es la función administrativa el sustento teórico de esta realidad?, o ¿existe otro sustento que guarda relación con lo estatal y no sólo con lo administrativo?

Conclusión. Ilustración actual de la actividad administrativa ¿transformación o agonía del derecho administrativo?

En este capítulo nos hemos propuesto presentar el argumento de la actividad administrativa, no como construcción de la respuesta a la inquietud ¿qué hacen las administraciones públicas? Sino, en cambio, de cómo se puede tipificar la función administrativa. Lo anterior, en atención a la necesaria aproximación material antes que orgánica del derecho administrativo en la época actual.

Para ello se ha intentado hacer un breve análisis histórico de las categorías que tradicionalmente se han comprendido como actividades administrativas, del que se evidencian distintas realidades que deben constituir importantes referentes de reflexión para la tarea propuesta.

En términos fácticos, primero se constató una policía administrativa y luego un servicio público y unas actividades económicas de las administraciones públicas, mientras que en términos teóricos la teoría del servicio público comportó la comprensión de esta actividad como la única “administrativa”, para darle paso luego al reconocimiento de actividades de policía y económicas como complementarias de la primera.

La economía ha tenido también una fuerte influencia en la comprensión de estas actividades: la policía administrativa ha ampliado su espectro con ocasión de imperativos estatales de estabilidad y seguridad económica; los servicios públicos en algunas oportunidades han alcanzado connotaciones económicas y cada vez en menos, se percibe aún la lógica del monopolio estatal; por su parte las actividades económicas desarrolladas por las administraciones públicas, algunas veces se desarrollan en escenarios competitivos o cuando menos regulados, mientras que en otros, a través de monopolios públicos, protegidos por la Constitución Política y susceptibles de tratamiento normativo diferenciado.

Este panorama histórico pareciera reñir con la denominada por algún sector de la doctrina “huida del derecho administrativo”: las actividades administrativas se han ampliado antes que reducido; los servicios públicos con mayor frecuencia involucran desarrollos tecnológicos; las administraciones públicas desarrollan actividades industriales y comerciales, de la misma manera como lo hacen los particulares, y en algunas oportunidades inclusive, en condiciones de monopolio público dispuesto por la constitución económica.

Estas y otras situaciones ¿no supondrán, más bien, una ampliación de las fronteras de la disciplina jurídico administrativa? ¿No se estará más bien frente a una “acogida” antes que una huida?

Sin duda alguna, resulta constatable en la actualidad la identificación de no pocas situaciones que de antaño eran disciplinadas por normas jurídico administrativas, y hoy no lo son más, y por el contrario encuentran referentes normativos, principalmente en los senderos del derecho común. Sin embargo, esta realidad encuentra –en nuestra opinión– dos razones principales, de las que al menos una de ellas guarda relación con unos fundamentos del derecho administrativo.

Por una parte, las normas jurídico administrativas tradicionales, como

consecuencia de la rigidez comprensible del principio de legalidad, entendido como uno de los mayores logros históricos de la humanidad, ha dado lugar a unas dinámicas organizativas y de acción que se han traducido en ineficiencias que en buena medida han sido resueltas con sustituciones normativas con contenidos más frescos y menos rígidos y cargados de obstáculos cercanos al derecho común. Por la otra, se ha advertido la insuficiencia de las construcciones teóricas tradicionales para poder explicar realidades distintas de comportamiento administrativo, pero también privado.

Esta segunda razón es la que hemos pretendido evidenciar de manera contundente en este capítulo; en el caso por ejemplo de las actividades industriales y comerciales del estado se ha constatado en no pocos casos la asignación histórica de normas de derecho administrativo para el desarrollo de su actividad, que cada vez con mayor intensidad son sustituidas por normas de derecho común, al menos si su objeto social es desarrollado en mercados competitivos y/o regulados. En nuestra opinión, esto antes que una huida del derecho administrativo es la asimilación teórica de una situación desconocida por los fundadores del derecho administrativo; la disciplina jurídica no se va, sólo trata de entenderse a sí misma con una consciencia histórica y frente a la constatación de que no todo lo que hacen las administraciones públicas es “administrativo”.

En lo que respecta al servicio público, vale la pena resaltar la demostración que se ha hecho en este capítulo, sobre la permanencia de su esencia pese a la cada vez más frecuente connotación económica que esta actividad adquiere, y la consiguiente libre competencia entre agentes públicos y privados.

Los servicios públicos con connotación económica, no dejan de ser servicios públicos, y en la realidad constitucional colombiana no podrán asimilarse nunca a actividades económicas común y corrientes, toda vez que son “inherentes a la finalidad social del estado” y “es deber del estado garantizar su prestación eficiente en todo el territorio nacional”.

Indicar entonces que los servicios públicos son función administrativa, no supone desconocer el nuevo panorama económico, no supone tampoco volver a un pasado teórico y conceptual ya superado, es tan sólo la consecuencia de concebir a la función administrativa con la lógica material y finalística, pero sobre todo acorde con la Constitución Política, que se señaló en el segundo capítulo de este trabajo.

La aproximación teórica de este capítulo pretendió evaluar la posible tipificación de la función administrativa, no en un contexto abstracto, universal y ahistórico, sino colombiano y del presente.

Aspecto diferente y que ha dado lugar a no pocas confusiones, es el relativo a los comportamientos administrativos específicos, es decir, a las “maneras” como se materializan las distintas actividades administrativas. En Colombia existe una distinción tradicional, que no encuentra de manera muy evidente su criterio distintivo y donde el ejercicio del poder público se constata de manera más evidente en uno que en otros.

De lo anterior, surge la lógica inquietud de si este tipo de comportamientos administrativos deben tener cabida en unos fundamentos de derecho administrativo siempre o solamente cuando suponen ejercicio de autoridad. Este el argumento que se intentará desarrollar en el siguiente capítulo.

IV. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. LAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS COMO CARACTERIZACIÓN PRINCIPAL DEL SUBSISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Premisa. El ejercicio de prerrogativas públicas por parte de los sujetos que desarrollan función administrativa. ¿Es el poder público el factor determinante para un tratamiento jurídico administrativo?

De manera similar a como acontece en el derecho común ²⁰⁷, en el derecho administrativo más que las actividades administrativas en sí mismas consideradas, lo que principalmente guarda relevancia jurídica es la forma como estas se concretan, toda vez que son las acciones u omisiones materiales, los fenómenos a través de los cuales se puede constatar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones administrativas, así como los que dan lugar a una eventual responsabilidad del sujeto que cumple una función administrativa.

En lo que respecta a lo primero, es decir al cumplimiento o no de obligaciones para los sujetos de derecho que dan desarrollo a una función administrativa, se debe advertir que a diferencia de lo que acontece en el derecho privado, aquí éstas tienen origen principalmente en el ordenamiento jurídico vigente, y sólo de manera menos incisiva, en los acuerdos de voluntad que se celebren con otros sujetos de derecho.

Lo anterior, como consecuencia de un principio de legalidad que sólo incide en la esfera privada ²⁰⁸ a través de prohibiciones y límites a la autonomía de la voluntad, mientras que en aquella administrativa se traduce en la necesidad de un soporte normativo para el desarrollo de actividades específicas relacionadas con la función administrativa ²⁰⁹. De esta manera, la concreción de las actividades administrativas, es el fenómeno que debe observarse, para la constatación del efectivo cumplimiento o no, de obligaciones propias de los sujetos que dan desarrollo a la función administrativa.

Por su parte, en materia de responsabilidad es también la actuación administrativa –comprendida en adelante como la concreción de la actividad

administrativa— el fenómeno que guarda relevancia, ya que sobrevendrá una responsabilidad administrativa o estatal en un sentido más amplio, solamente en relación con específicas acciones u omisiones susceptibles de ser verificadas en el ejercicio de la función administrativa o estatal en general ²¹⁰ .

Esta sola constatación de carácter elemental justifica la importancia del estudio de la actuación administrativa, comprendida como la concreción, y si se quiere exteriorización, de las actividades administrativas. Situación ésta que en los términos de este trabajo, no se limita a las administraciones públicas en un sentido formal, sino que involucra a todos aquellos sujetos de derecho que de una u otra manera cumplen y desarrollan una función administrativa.

En este contexto, un aspecto fundamental que debe revisarse es el relativo a si con el ejercicio de actividades propias de la función administrativa (estudiadas en el capítulo anterior) se supone el ejercicio de autoridad pública, es decir, que si del análisis de las distintas actuaciones administrativas se evidencia ejercicio de poder, o si se quiere de prerrogativas públicas.

Bastaría la revisión del concepto de función administrativa que en este libro se ha propuesto, para resolver de manera negativa la anterior inquietud toda vez que, según lo señalado, no es el ejercicio del poder público lo que justifica un tratamiento diferenciado en relación con el derecho común (derecho administrativo), sino el desarrollo de actividades orientadas al cumplimiento de los fines del estado contemplados constitucionalmente y desarrollados por la normatividad inferior.

La pregunta que en este momento del análisis resulta lógica es si el tratamiento diferenciado (derecho administrativo) que se deriva del ejercicio de la función administrativa (con la intensidad configurada por el legislador) se traduce necesariamente en la atribución de prerrogativas públicas o, si por el contrario, la diferencia puede aludir a esferas distintas que no comprometan el poder público.

Así, el propósito de este capítulo consiste en evaluar de manera crítica si cuando se materializa un régimen jurídico administrativo, como consecuencia del ejercicio de la función administrativa, ello comporta que las prerrogativas públicas son en últimas, el rasgo diferenciador del derecho común o, si por el contrario, existen otros desarrollos normativos claramente diferenciables de él.

Vale la pena subrayar que este aspecto resulta de vital importancia en la

construcción de unos fundamentos de derecho administrativo, toda vez que como se indicó antes, nos encontramos frente a una disciplina jurídica cuya peculiaridad principal no es estudiar el tratamiento jurídico que se le da a una situación, un estatus o una relación jurídica particular, sino la de dar un tratamiento diferenciado (en relación con el derecho común) a quienes desarrollan actividades directamente relacionadas con los fines del estado.

La solución del problema que nos proponemos en este capítulo, supone entonces, ya no la identificación del objeto del derecho administrativo, pero sí, una caracterización de esta disciplina, en relación con el poder público.

Para lo anterior dividiremos este capítulo en dos numerales: en el primero se afrontará la revisión de la clasificación que de la actuación administrativa se suele hacer del caso colombiano y su confrontación con otros escenarios de derecho comparado. Esto no con la intención de hacer una aproximación descriptiva a una y otra categoría, sino de efectuar un cuestionamiento general sobre la oportunidad de la sistematización que se ha hecho en nuestro ordenamiento jurídico, y los efectos prácticos de ello.

Con este análisis pretendemos extraer algunas ideas que nos permitan a su vez caracterizar al derecho administrativo, en relación con el ejercicio del poder; en la medida en que podamos observar de manera crítica las distintas categorías de actuación administrativa, obtendremos pistas para afrontar el problema propuesto para este capítulo.

En el segundo numeral centraremos nuestra atención en la categoría de actuación administrativa, que por excelencia supone ejercicio de poder público, es decir, el acto administrativo. Con este propósito, analizaremos entonces su esencia de acto de poder, así como la consideración jurídica de ello.

Esto con la intención de terminar de delimitar el problema propuesto, para efectos de en una corta conclusión, poder tomar partido sobre si la caracterización del derecho administrativo comprendido como subsistema normativo se agota con la atribución y configuración de prerrogativas públicas.

A. LOS INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE CONCRETAN LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS. OPORTUNIDAD DE SU CLASIFICACIÓN

En algunos escenarios ²¹¹ se ha utilizado el poder público o, de manera más particular, el ejercicio de autoridad a través de medios coercitivos para distinguir las actuaciones administrativas. En este contexto, uno debe ser el régimen jurídico de la administración pública cuando desarrolle prestaciones de abastecimiento ²¹², o satisfaga el mínimo vital o despliegue actividades orientadas a satisfacer las necesidades de la colectividad; y otro, cuando quiera que ésta adopte actuaciones que supongan la concreción del poder público, que en relación con sus destinatarios, llevan implícito un ingrediente coercitivo ²¹³.

En este sentido, la doctrina alemana tradicional ha sostenido que cuando en términos administrativos se desarrolla la actividad de “Daseinsvorsorge” ²¹⁴, las manifestaciones de ésta no encuentran mayor trascendencia frente a los tribunales (administrativos) ni en términos de legalidad, ni de responsabilidad; lo anterior, porque en primer lugar, es el poder del estado lo que en últimas da fundamento a las actividades de tipo prestacional que caracterizan a este concepto y que encuentran fundamento en una preocupación administrativa por las necesidades colectivas ²¹⁵; y en segundo lugar, porque con el desarrollo de las actividades aludidas no se atenta contra los derechos subjetivos ²¹⁶.

En la doctrina alemana estas actividades se distinguen con claridad de aquellas que encuentran fundamento en la búsqueda del “orden” y la “seguridad”, las cuales a su vez se manifiestan a través de actuaciones que llevan implícito el elemento coercitivo ²¹⁷.

Probablemente por esta confrontación es que se explica en este contexto doctrinario, que los particulares puedan dar también desarrollo a la actividad de daseinsvorsorge, así como que ésta no esté llamada a detentar necesariamente un régimen normativo jurídico administrativo sino que, por el contrario, el derecho común pueda ser utilizado, entre otras, por las exigencias de dinámica y flexibilidad de las reglas que esta actividad supone ²¹⁸.

En el escenario alemán se presenta una clasificación de la actuación administrativa, que en últimas centra su atención en la presencia o no del elemento coercitivo, de modo que aquellas actuaciones administrativas donde se haga evidente el ejercicio de autoridad encontraran de manera idónea y casi necesaria, un correspondiente régimen jurídico administrativo, mientras que aquellas donde éste no se haga evidente podrán encontrar como referente normativo un régimen de derecho común.

En sentido similar, la doctrina italiana desde Santi Romano evidenció en el contexto de lo que allí se denomina “actividad administrativa” la idea de que ésta se puede manifestar a través del ejercicio de autoridad o no. Sobre la primera de las manifestaciones, comúnmente conocida como “potestad pública” y como correlación subjetiva de ella, es que se funda la conocida institución del interés legítimo, el cual constituye sin duda, el punto de referencia más importante en la comprensión de su derecho administrativo.

De esta manera, las administraciones públicas cuando “funcionalizan” su actividad ²¹⁹, es decir, cuando desarrollan ésta con el riguroso cumplimiento de un ordenamiento jurídico que les sirve de soporte, pueden atentar contra derechos subjetivos y/o contra intereses legítimos; en el caso de los primeros, en línea de máxima su comprensión se obtendrá en un contexto de análisis normativo de derecho común, mientras que en el caso de los segundos, no sólo se hará necesaria la participación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino de un subsistema normativo de derecho administrativo que sirva como referente de ello ²²⁰.

Probablemente, esta es la causa de que haya hecho carrera, no sólo en la doctrina ²²¹ sino en el derecho positivo italiano ²²² la conocida distinción entre función pública y servicio público, según la cual, se ubican dentro de la primera categoría todas las actuaciones administrativas que suponen ejercicio de autoridad, mientras que la segunda, adquiere en buena medida una connotación residual, de todo aquello donde no se evidencie el ingrediente coercitivo, que según lo señalado constituye el elemento primordial de la autoridad pública que ejercen las administraciones públicas u otros sujetos en desarrollo de este tipo de actividad ²²³.

Esta idea, sin embargo, cada vez más se aprecia de manera restringida y casi exclusivamente para la comprensión de las disposiciones penales referidas, y por ende, no constituye en las construcciones doctrinarias recientes, un referente de

comprensión de la diversidad de la actuación administrativa.

Hoy en día, en cambio, es común en Italia en relación con el argumento que estudiamos en este capítulo, que se aluda a una clasificación, en la que si bien se parte del reconocimiento de que la actuación administrativa por excelencia es el acto administrativo; también son característicos el contrato de la administración y las acciones materiales ²²⁴ .

Con esta comprensión se deja atrás la distinción de actividades que suponen ejercicio de autoridad o no, para centrar la atención, en la categoría unilateral que por excelencia implica autoridad o lleva implícito el ingrediente coercitivo (el acto administrativo), así como, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las administraciones públicas (que puede comprometer o no también ejercicio de autoridad), y en aquellas acciones materiales siempre que comporten efectos jurídicos.

Sin necesidad de adentrarse en la técnica que está detrás de esta clasificación, vale la pena subrayar que no es que en unas actuaciones administrativas haya poder del estado y en otras no; la capacidad de ejercer autoridad no es una causa del tratamiento jurídico administrativo, sino las más de las veces, la consecuencia de este.

Éste, probablemente el error fundamental de aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional ²²⁵ , que pretende encontrar en las prerrogativas públicas, o en el ejercicio de autoridad, o en el poder público, la causa de un régimen jurídico administrativo, cuando justamente esto es en algunos casos (muchos por demás) una de sus consecuencias principales.

Por lo anterior, al menos para el análisis del derecho administrativo que proponemos en esta obra, percibimos en las construcciones doctrinarias que distinguen entre actuación administrativa con autoridad o sin ella, una aproximación insana entre actuación y actividad administrativa. Con esta comprensión, pareciera que en el contexto de la actividad de servicio público no hay manifestaciones de autoridad, mientras que en el de la policía administrativa son las manifestaciones de autoridad su característica primordial.

Esta conclusión no sólo es insana por inducir a no pocas confusiones, sino que ubica en un mismo plano a las distintas tipificaciones de la función administrativa, y a los instrumentos a través de los cuales se intenta dar

cumplimiento a los fines estatales comprometidos con el concepto de función administrativa.

En este sentido, creemos que los instrumentos –actuación administrativa– a través de los cuales se manifiestan las distintas actividades administrativas, involucran muchas veces el ejercicio de autoridad, pero no siempre sucede esto. Así mismo creemos que el ejercicio de autoridad no se puede suponer, sino que debe encontrar soporte inequívoco en una normatividad –derecho administrativo– que le sirve de fundamento a la función administrativa.

Hecha esta salvedad, en relación con la distinción aludida de la actuación administrativa, con fundamento en el ejercicio de autoridad, resulta pertinente pasar a revisar la clasificación que en la doctrina nacional se ha hecho de este argumento, y que según se corroborará, no dista mucho de la distinción aludida de la doctrina italiana entre actos administrativos, contratos administrativos y acciones materiales.

Es común la referencia doctrinal nacional a actos administrativos, hechos administrativos, omisiones administrativas, operaciones administrativas y contratos administrativos ²²⁶, al hacer referencia a la acción administrativa; se evidencia en esta clasificación la necesidad de distinguir manifestaciones unilaterales de voluntad que suponen ejercicio de autoridad y que por ende adquieren formas coercitivas, de aquellas simples acciones o acontecimientos materiales que tienen o están llamados a tener trascendencia jurídica; así como acuerdos de voluntad entre la administración y otros sujetos de derecho, caracterizados por la bilateralidad o la multilateralidad ²²⁷.

De una revisión histórica de la doctrina y el derecho positivo nacional al respecto, se observa que, con una fuerte influencia de las construcciones teóricas sobre los actos jurídicos, así como de la sistematización que en Francia se hizo del tema, desde las Leyes 130 de 1913 y 6.a de 1914 se hizo alusión al concepto de acto administrativo como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ²²⁸.

De esta manera, algunos de los pioneros de la doctrina nacional comenzaron a hacer alusiones conceptuales y teóricas de esta categoría sin contraponerla a nada más (ni siquiera a hechos o acciones simplemente materiales de las administraciones públicas) ²²⁹ y escasamente subrayando la unilateralidad de los actos administrativos, en contraposición con la bilateralidad que caracterizaba a

los contratos de la administración pública ²³⁰ .

Con la expedición de la Ley 167 de 1941 “Sobre la organización de la jurisdicción contencioso administrativa”, si bien se mantuvo en términos generales una idea de acto administrativo como concreción por excelencia de la acción administrativa, con ocasión de la necesidad de indemnizar perjuicios a través del uso de las acciones judiciales, se señaló la posibilidad de perseguir esto, no sólo con ocasión del cuestionamiento de un acto administrativo, sino también de un hecho y/o una operación administrativa (art. 85).

Esta situación sirvió para que el Decreto 01 de 1984 estableciera en Colombia de manera evidente la clasificación a la que se alude, inclusive, presentando al respecto, algunas definiciones que han hecho carrera según lo indicado, en la doctrina nacional más reciente; en efecto se estableció en el artículo 83:

Extensión del control. La actividad administrativa se cumple mediante actos o hechos y toda estará sujeta al control jurisdiccional en los términos previstos en la Constitución Política, en las leyes y en este Código.

Son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

Son hechos administrativos los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

Las llamadas ‘operaciones administrativas’ y ‘vías de hecho’ se considerarán, en adelante y para todos los efectos, actos administrativos.

Como se observa, se debe destacar que se centró la atención en los actos administrativos y los hechos administrativos, sin desconocer desde entonces la exigencia de otras categorías, que no merecían identidad propia por incluirse en el primero. De esta manera, las omisiones administrativas (siempre que se produjeran de manera voluntaria), las operaciones administrativas, las vías de hecho, así como los contratos administrativos, cabían dentro de la genérica categoría de actos administrativos.

No era entonces la unilateralidad, el elemento caracterizador de los actos administrativos, sino más bien la mediación de la voluntad administrativa en la formación del mismo. Así, podemos señalar que la clasificación de la actuación administrativa encontró en esta sistematización de derecho positivo, razón de ser en el elemento de la voluntariedad, del que seguramente debían derivarse apreciaciones sustantivas y conceptuales distintas, pero sobre todo procesales, ya que las acciones judiciales, resultaban oportunas, según se tratara de una u otra categoría (acto o hecho administrativo).

Esta disposición normativa sufrió una modificación con la expedición del Decreto 2304 de 1989 (art. 13), a partir del cual se prescindió de las definiciones y se le dio identidad propia a otras categorías de actuación administrativa:

La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos privados y con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto.

Al respecto debemos mencionar que ya a partir de este cambio (disposición vigente en la actualidad) se evidencia la necesidad de concebir al acto administrativo como manifestación unilateral de la voluntad y susceptible de distinguirse plenamente de los contratos administrativos ²³¹, así como la identidad propia que adquiere la omisión administrativa, sin que importe ya si se produce con mediación o no de la voluntad administrativa, y por ende diferenciable de la categoría de acto administrativo y cercana a la de hecho administrativo en algunos casos.

De esta breve relación histórica del argumento que se analiza se debe subrayar, en primer lugar, que la clasificación de la actuación administrativa, más que importancia conceptual ha tenido la de diferenciar las distintas manifestaciones que son objeto del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De esta manera una jurisdicción que conocía únicamente de actos administrativos debió encontrar un correspondiente que tuvo lecturas más o menos amplias, y que cuando se consideró insuficiente se acompañó primero de los hechos administrativos, y luego de las omisiones y los contratos administrativos.

En segundo lugar, que en Colombia tuvo importancia –aunque fuera para los efectos señalados– la distinción entre actos y hechos administrativos, principalmente en relación con el elemento volitivo característico únicamente de los primeros, y luego, en la medida en que se amplió el horizonte con la comprensión de los contratos administrativos, adquirió importancia la identificación de prerrogativas públicas o no, en uno u otro elemento.

Finalmente, vale señalar qué tan importante ha sido en Colombia la distinción entre hechos y actos administrativos que frente a la dificultad de identificar si los efectos jurídicos de una situación provenían de una u otra categoría, se prefirió dar lugar a la identificación de otra distinta. En efecto, la operación administrativa, aunque algunos la quieran ver como una pieza monumental de la creación legislativa en pro de identificar una actuación administrativa precisa y autónoma ²³², en nuestra opinión, no es nada más que un reconocimiento conceptual de la incapacidad práctica de identificar si un daño resulta imputable a un acto o a un hecho administrativo.

Por lo anterior, observamos que en el escenario colombiano la intención original de distinguir comportamientos voluntarios o no, y/o comportamientos que suponen ejercicio de prerrogativas públicas o no, ha cedido espacio a una exigencia procesal en la que la importancia primordial de saber si una situación es un acto, un hecho, una omisión, una operación, o un contrato, es para efectos de identificar la acción judicial que resulte procedente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin restarle importancia a dicha función, queremos subrayar que ello ha significado, en buena medida, la pérdida de un norte conceptual, que sirva para comprender la razón de ser de la clasificación de las actuaciones administrativas; así mismo, que frente a la aparente inminencia de unificación o al menos simplificación de acciones de lo contencioso administrativo, la clasificación

actual perdería vigencia relativa, y por ello la necesidad de encontrar un rumbo conceptual o si se quiere teórico del argumento.

En nuestra opinión, debería darse especial atención a la identificación de “situaciones” que no tienen trascendencia jurídica, de aquellas que sí la tienen, y dentro de estas últimas, antes que analizar el elemento volitivo, creemos que alcanzaría importancia la identificación de actuaciones que involucren ejercicio de autoridad, de aquellas que no.

La trascendencia jurídica de estos comportamientos, según lo indicado, guarda relevancia, con ocasión del análisis de la legalidad y de la responsabilidad; de esta manera, no sólo se trata de dar cabida a una hipótesis de comprensión de una legalidad y/o responsabilidad distintas, sino la de comprender al interior de dos instituciones constitucionales, algunos elementos que puedan resultar útiles para su valoración.

Esta posición la sustentamos entonces, en el hecho de que aunque el derecho administrativo extienda sus fronteras a situaciones que en su forma no evidencian un contenido coercitivo, resulta trascendental identificar cuándo se presenta esto último, para efectos de una mejor comprensión del problema propuesto en este capítulo: la caracterización del derecho administrativo.

Insistimos en la idea ya expuesta de que las prerrogativas no son la causa del derecho administrativo, son una de sus posibles manifestaciones y, por ende, resulta importante la identificación de las actuaciones administrativas que las involucren, para una mejor comprensión de la forma como se manifiesta el subsistema jurídico administrativo.

B. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO CONCRECIÓN DEL PODER PÚBLICO. ¿MANIFESTACIÓN ÚNICA DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO DENOMINADO DERECHO ADMINISTRATIVO? ²³³

Si bien el acto administrativo ha tenido su principal desarrollo doctrinario, en el contexto de la teoría del negocio jurídico y en particular de la revisión de los actos unilaterales, guarda relación con un fenómeno histórico que de manera más o menos directa ha sido analizado en los dos primeros capítulos de esta obra: el poder público.

No se puede, entonces, descubrir la esencia de esta categoría de actuación administrativa, a partir de su originario tratamiento doctrinario o de la efectiva configuración del principio de legalidad o del estado de derecho, como si se tratara de una “invención” teórica para el cabal desarrollo de estos logros históricos y no de una categoría que seguramente adquiere algunos rasgos distintivos a partir del fenómeno histórico del estado de derecho, pero que su esencia última es su finalidad intrínseca de producir efectos frente a la sociedad, es decir de configurarse como un fenómeno de autoridad.

Es en este sentido que consideramos equivocada la metodología utilizada por algunos doctrinantes, consistente en confrontar una concepción moderna y madura de acto administrativo de manera indistinta con momentos históricos diferentes y construcciones teóricas diversas, con la intención de aproximarse a un concepto “original” y “novedoso”. Como consecuencia, sugerimos abordar el argumento, desde dos perspectivas distintas y complementarias: como fenómeno fáctico y como categoría específica de la disciplina jurídico administrativa ²³⁴ .

En lo que respecta a la primera faceta, no es nuestra intención reflexionar sobre el origen de las manifestaciones de poder, simplemente llamar la atención cómo a partir de una simple verificación empírica es posible constatar la existencia del poder y consecuentemente sus manifestaciones, en el análisis de sociedades primitivas. Existía en estas manifestaciones de voluntad de distintos sujetos que legitimados o no, las imponían frente a terceros y esto no constituía un estado excepcional de acontecimientos, sino por el contrario se daba en un ambiente general y ordinario; podríamos conceptualizar estas manifestaciones

simplemente como actos de poder ²³⁵ .

En la edad media se continúa verificando esta realidad, sólo que aparece ya en esta época un fundamento inequívoco de legitimidad de quien se impone con sus actos a otros; se trata del poder económico fundado en la propiedad de la tierra (de los feudos), que sin lugar a dudas constituye razón suficiente para que el “señor” pueda manifestar su autoridad frente a los pobladores de sus predios. Se trata de una realidad no del todo ajena a nuestra actualidad: legitimidad del poder del más fuerte económicamente sobre el más débil ²³⁶ .

En la época moderna con la configuración de la idea estatal se verifica también una legitimidad del monarca, quién de manera inequívoca impone su voluntad a los súbditos, verificándose hipótesis de absoluta arbitrariedad e hipótesis de límites efectivos a este ejercicio del poder.

A partir de esta mención histórica elemental se evidencia que existen transformaciones referidas principalmente a la legitimidad ²³⁷ , pero se sigue una constante que es la verificación de manifestaciones específicas que pueden afectar a una o varias personas. Existe otro aspecto que llama la atención, y es la eventual existencia de límites al ejercicio de ese poder, sin que esto se presente como una constante y sin que puedan identificarse unos fundamentos unívocos e inequívocos de los mismos ²³⁸ .

Para que estos actos de poder puedan identificarse o dar lugar a los actos administrativos debe existir una “administración” en sentido propio. Si bien podemos verificar en la edad moderna avances significativos en materia administrativa ²³⁹ , no alcanzamos un concepto de administración capaz de diferenciar las funciones administrativas de otras funciones propias del estado. Cuando quiera que se formule un acto de poder, este confunde consideraciones más recientes de funciones legislativa, judicial y administrativa ²⁴⁰ .

Sin embargo, la anterior situación se armoniza como consecuencia de la revisión de un concepto como el de función administrativa que hemos propuesto en el capítulo segundo de este libro, toda vez que no toda emanación de poder será un acto administrativo, sino solo aquella que provenga del ejercicio de una de las concreciones del poder público: el administrativo.

El estado de derecho posrevolucionario, tal y como se señaló en su momento, materializa en términos jurídicos la asunción de funciones administrativas por

parte de la rama ejecutiva ²⁴¹ y en términos teóricos este aspecto es desarrollado principalmente por la doctrina austríaca y alemana; se verifica ya de manera contundente una fracción del poder del estado que puede identificarse con una concepción material de la administración. Se llama la atención sobre este aspecto y la consecuente consideración constitucional, pero también teórica de la administración como un fenómeno de poder.

De esta manera, aquellos actos de poder que en el antiguo régimen pudieran ser susceptibles de percibirse como administrativos o con contenido administrativo (actos de poder), van a continuar existiendo en el estado de derecho, solo que con sus linderos más claros (en consideración a las funciones legislativa y judicial) y con una legitimación democrática inexistente en las monarquías absolutas de la edad moderna. No es el acto administrativo una creación del estado de derecho, simplemente se perfecciona en este momento histórico, pudiéndose distinguir más fácilmente de otras funciones del estado.

Nace sin embargo en este preciso momento histórico una característica significativa (inexistente antes) predicable no solo de los actos administrativos sino de aquellos del legislador (las leyes) y de la justicia (providencias judiciales): Deben encontrar un referente jurídico, es decir deben estar sometidos al imperio del derecho por ser este el rasgo principal de la nueva configuración estatal ²⁴² .

Los actos administrativos de manera específica deben encontrar una habilitación constitucional y legal que cuando menos atribuya competencia para su producción a la respectiva entidad pública que los produce. Hay un límite a las emanaciones de poder de la administración y ese límite es el derecho positivo superior.

Sin embargo, el papel del derecho con ocasión del sustento de las emanaciones de poder de la administración no es tan fácil; no se trata aquí de una consideración constitucional de las competencias y funciones de los grandes órganos de poder, sino de una producción normativa extensa y ambiciosa capaz de soportar el movimiento y la actividad de aquella parte del estado que no de manera excepcional, sino de manera cotidiana y permanente tiene contacto con la ciudadanía y debe emanar poder para satisfacer la realización de las finalidades del estado.

La connotación permanente, cotidiana, necesaria y continua de las emanaciones

de poder del aparato administrativo hacen indiscutiblemente que el papel del derecho sea bastante difícil, cuando en términos prácticos antes que garantizar el desarrollo de un poder lo que debe hacer es limitar un poder que a lo largo de la historia se ha ejercido para la realización de las finalidades de distintas sociedades evolucionadas y sobretodo de sociedades organizadas como estado.

La estructura del estado se hace diferente con ocasión de la adopción de su forma “de derecho”, la legitimación de sus manifestaciones de autoridad también, pero la existencia de esas expresiones de poder son una constante que aun se verifican en esta forma de estado. Consecuentemente el papel del derecho no es crear esa posibilidad de ejercer autoridad frente a terceros en estricto sentido, sino limitar esas manifestaciones de poder y esto no es algo que se logre de la noche a la mañana, sino un proceso histórico que tardará años en madurar.

Para verificar lo anterior basta revisar el origen y la configuración de muchas de las instituciones de derecho público y en especial de derecho administrativo que tenemos en la actualidad: la responsabilidad patrimonial del estado, su responsabilidad contractual y extracontractual, la publicidad y la transparencia en la producción de actos administrativos, la posibilidad de cuestionar el contenido y el impacto de los actos administrativos, etc.

En esta reflexión también podemos verificar aspectos prácticos que nos ilustra la jurisprudencia francesa: si bien la jurisdicción de lo contencioso administrativo se va perfilando a partir de la verificación de una situación especial de las instancias públicas y la necesidad de decir un derecho de manera distinta; es en el seno de los comportamientos de la administración similares a los de los particulares, como un contrato o un daño causado por una actividad de la administración, donde se identifican manifestaciones de poder de la administración frente a los particulares ²⁴³. Tal y como se indicó en el primer capítulo, desde un enfoque eminentemente positivo el derecho administrativo nace como un derecho del privilegio y poco a poco irá delimitando esas “prerrogativas” de la administración e irá sustentando en términos lógicos su razón de ser ²⁴⁴.

La ciencia jurídico administrativa ha sido consciente y consecuente con estas manifestaciones de poder de la administración; los primeros trabajos de derecho administrativo atendieron la verificación de regulaciones normativas que permitieran un tratamiento privilegiado (en confrontación con sujetos de derecho particulares) a la administración pública o en otras palabras que atribuyeran

prerrogativas públicas ²⁴⁵ .

Los trabajos del siglo XX atendieron principalmente la justificación de ese tratamiento jurídico diferenciado que se le daba a la administración y las manifestaciones de poder estuvieron en el centro del debate. Mientras que algunos teóricos pregonaban por la identificación de unas finalidades distintas perseguidas por la administración en consideración a los sujetos particulares ²⁴⁶ , otros llamaban la atención sobre la verificación simple y llana de actos de poder legítimos de un sujeto (la administración) y la improcedencia de estos, cuando quiera que emanaran de otros sujetos (los particulares) ²⁴⁷ .

La construcción teórica de las prerrogativas públicas no fue algo distinto que sustentar el derecho administrativo a partir de la verificación práctica de que la administración ejerce autoridad y consecuentemente manifiesta su poder y de manera consecuente el derecho (el administrativo) le otorga unas prerrogativas públicas o, dicho de otra manera, legitima y regula sus manifestaciones de poder.

Conscientes de la trascendencia de aquellas teorías materiales que han llamado la atención sobre la naturaleza de las finalidades y de los intereses que persigue la administración como aspecto esencial en el intento de fundamentar teóricamente el derecho administrativo, salta a la vista el mecanismo de la verificación práctica de manifestaciones de poder, para conceptualizar en términos materiales a la administración pública o identificar la función administrativa.

Un ejercicio de autoridad que es reconocido y modelado por el derecho administrativo, con plena conciencia de su necesidad y consecuente legitimidad para llevar a cabo la idea principal del estado que es alcanzar sus finalidades propias. Un ejercicio de autoridad, que en la actualidad no es exclusivo de las instancias públicas en la medida en que pueda verificarse la oportunidad de permitírsele a las instancias particulares siempre con la idea de la realización de las finalidades públicas.

Las finalidades públicas son entonces el único sustento jurídico capaz de justificar la existencia de unas prerrogativas públicas y principalmente aquellas dirigidas a permitir imponerse frente a otros sujetos de derecho de manera unilateral. Y esta continua siendo la principal preocupación del derecho administrativo: tratar relaciones jurídicas de manera atípica a como se manejan las de los particulares, y lograr justificar ese tratamiento distinto y de manera

particular esa habilitación que tienen algunos sujetos de imponer su voluntad frente a otros.

En lo que respecta a la faceta del acto administrativo, en cuanto desarrollo de la disciplina jurídico administrativa, se debe recordar que con ocasión del fenómeno del estado de derecho el sometimiento del acto administrativo al ordenamiento jurídico, trae consigo una respuesta de la doctrina y es la consideración de la disciplina jurídica como aquella idónea en el objetivo de desarrollar una construcción teórica de éste. Si es el derecho el que traza el campo de acción y los alcances de los actos administrativos, es la disciplina que lo estudia, quien de mejor manera puede explicar su realidad.

Se debe señalar al respecto, que de manera homóloga a como comienza a ser enfocado el estudio del estado, lo es el de una de sus manifestaciones más corrientes, es decir los actos de poder relacionados con las funciones estrictamente administrativas de este. Se debe en buena parte a los teóricos positivistas y de esta manera principalmente a los trabajos de Adolfo Merkl, este exclusivo y excluyente enfoque jurídico que debe tener el acto administrativo ²⁴⁸

.

Esta realidad teórico jurídica y en particular jurídico positivista trae como consecuencia una connotación metodológica de los trabajos del acto y es principalmente la tendencia descriptiva antes que deontológica y la exigencia continua de ubicar los actos administrativos en el sistema formal de fuentes del derecho ²⁴⁹. El deber ser de estas manifestaciones de autoridad se ha convertido en buena medida en la metodología y el objeto de estudio de disciplinas no jurídicas como la ciencia administrativa, la ciencia de la administración e inclusive la ciencia política.

Vale también señalar que en aquellos estados que han optado por un modelo de derecho administrativo no sólo el enfoque teórico del acto administrativo alcanza connotaciones jurídicas, sino jurídico administrativas; aspecto este que implica la consideración de una dirección, así como de una metodología precisas, propias de esta disciplina jurídica que se funda principalmente (en términos teóricos) en la justificación de un tratamiento jurídico diferenciado confrontado con el derecho común ²⁵⁰.

De esta manera la teoría del acto administrativo adquiere el reto de sustentar y soportar en sí misma la justificación de un tratamiento diferenciado en

consideración con los actos tradicionalmente regulados por el derecho privado. Una exigencia que muchas veces adquiere connotación de prejuicio, cuando quiera que se confronta esta realidad con la simple verificación fáctica de un acto de poder que es sometido al derecho ²⁵¹ .

Se constituye de este modo el principio de legalidad, no como un principio más predicable de los actos administrativos, sino como un principio que constituye la base lógica de su construcción teórica. Si el derecho es el que establece los alcances y el campo de acción de los actos administrativos –desde una perspectiva ideológica– su teoría debe construirse sobre la base del referente jurídico positivo de estos, es decir, sobre el principio de legalidad.

El debido proceso que debe seguirse en su producción, la transparencia, la economía, la imparcialidad, la eficiencia, etc., son principios que orientan la actividad administrativa, pero son principios que no salen de la nada o de consideraciones “metajurídicas”, sino que nacen, al igual que otros, de un orden jurídico que soporta los actos administrativos y que consecuentemente constituye la base de su consideración teórica ²⁵² .

El principio de legalidad, y en su desarrollo, distintos instrumentos normativos – la constitución y la ley principalmente– pueden contemplar muchas de las condiciones del acto administrativo; verbigracia su contenido, sus destinatarios, sus efectos, su procedimiento, etc. Sin embargo, lo mínimo que debe contemplar es la habilitación al sujeto que los profiere y la capacidad de éste para poder producir un acto que implica una imposición frente a otros.

Dicho de otra manera, la identificación del sujeto y su competencia constituyen el mínimo referente que el ordenamiento jurídico debe señalar, para que puedan nacer a la vida jurídica actos administrativos. Estos a su vez pueden ser complementados por requerimientos establecidos por el mismo ordenamiento jurídico, que logran un mayor o menor límite del sujeto habilitado, al momento de tomar la decisión, sin que pueda ésta nunca considerarse arbitraria por tener al menos un mínimo como referente legal ²⁵³ .

Vale la pena indicar que el sujeto que los produce y su competencia son factores necesarios para la producción del acto, pero no hacen parte del mismo; ni siquiera hacen parte del procedimiento de formación del acto administrativo. Por este motivo no nos permitimos entender estos factores como “elementos” del acto administrativo, sino como presupuestos mínimos de legalidad ²⁵⁴ .

El ordenamiento jurídico se encarga entonces de atribuir una potestad a un sujeto de derecho, consistente en la capacidad de imponer su voluntad frente a terceros. Sin embargo esta potestad, y según lo indicábamos en el literal anterior, debe tener una connotación administrativa, es decir, no puede identificarse con potestades propias del legislador ni de los jueces.

Esta realidad le atribuye al sujeto de manera indiscutible unas características particulares. En principio se diría que el sujeto habilitado debe ser una entidad pública y principalmente una entidad de la estructura de la rama ejecutiva; sin embargo, reiteramos la posibilidad de que una instancia pública no perteneciente a la rama ejecutiva e inclusive un particular, puedan ser habilitados, en cuanto eventuales actores del ejercicio de la función administrativa. En concordancia con la propuesta conceptual que en esta obra se ha hecho de la función administrativa, y la comprensión del acto como una de las posibles concreciones de las actividades que están comprometidas con este concepto, puede decirse que cualquier sujeto de derecho, siempre que el ordenamiento jurídico lo habilite puede proferir actos administrativos.

Verificamos de esta manera, una vez más cómo la connotación administrativa del acto no puede circunscribirse a una fundamentación subjetiva, si bien esta puede en algunos casos hacer verificar una realidad bastante frecuente, consideramos más pertinente y oportuno en términos teóricos contemplar una fundamentación material de la administración pública que en últimas estará presente siempre y percibirá de manera distinta a diversos sujetos públicos o privados.

Esta fundamentación debe en todo caso existir porque el rompimiento del principio o derecho a la igualdad se hace evidente, cuando quiera que el ordenamiento jurídico habilita a unos sujetos (y solo a unos) a imponer su voluntad frente a otros. Es en este sentido que la construcción teórica del acto administrativo no puede de manera alguna concebirse por fuera del objeto y campo de estudio del derecho administrativo.

De la adaptación que el derecho hace de un fenómeno de poder que se identifica con las finalidades mismas del estado surgen dos elementos principales del acto administrativo: una manifestación unilateral de la voluntad y unos efectos jurídicos que se producen a partir de esta. Se encuentran intrínsecos en estos dos elementos el ingrediente de poder y la habilitación que de éste otorga de manera expresa el ordenamiento jurídico, y de acuerdo con el desarrollo jurídico la producción de esta actuación específica exige una expresa habilitación por parte

del ordenamiento.

Que el derecho permita que un sujeto se imponga frente a otro u otros – declaración de poder– es indiscutiblemente la contemplación jurídica de una imposición de la voluntad; una imposición que rompe con la generalidad jurídica o cuando menos con aquella del derecho privado y fuerza que su análisis sea objeto de estudio del derecho público.

Una imposición que debe ser manifiesta y de ninguna manera puede concebirse de manera tácita, pues su carácter excepcional y su necesario sustento jurídico hacen que no pueda deducirse o inferirse de algunas circunstancias. Esta es la razón por la que se insiste en una “declaración” o una “manifestación de la voluntad”²⁵⁵.

La característica manifiesta de la voluntad ha llevado a algún sector de la doctrina a aproximar el concepto de acto administrativo a la categoría de negocio jurídico; pues se verificaría en últimas en el análisis del acto administrativo, una “declaración de la voluntad que produce una modificación jurídica”. Este intento doctrinal que no obedece a criterios unívocos²⁵⁶ produce en nuestro sentir algunas reflexiones que motivan algunos rasgos distintivos del acto administrativo, al menos en atención a los típicos rasgos jusprivatistas del negocio jurídico.

En primer lugar, no se verifica en estricto sentido una relación jurídica entre el sujeto que profiere el acto administrativo y el particular o particulares destinatarios. Si bien, el particular destinatario puede promover (e inclusive ser necesaria esta promoción): la producción del acto administrativo, esta razón no hace perder de vista el carácter unilateral del acto administrativo y la habilitación jurídica que el sujeto emisor encuentra en el ordenamiento jurídico; su habilitación se deriva del derecho y no de la solicitud que le haga un sujeto particular²⁵⁷.

Como señala Ernest Forsthoff se trata de una “declaración soberana unilateral”, por ese motivo el destinatario del acto administrativo puede ser considerado por el procedimiento administrativo, pero no por parte del acto mismo²⁵⁸.

En segundo lugar, en el acto administrativo no se parte de un plano de igualdad de dos sujetos de derecho, existe un sujeto que detenta poder; la “modificación” se produce con ocasión de la simple declaración o manifestación de la voluntad,

no se hace necesaria la autorización o el consentimiento del destinatario, para que se pueda verificar el efecto jurídico ²⁵⁹ .

En palabras de Renato Alessi mientras en el negocio jurídico se verifica una voluntad de determinar una cierta modificación en el mundo del derecho, en el acto administrativo (provvedimento) existe una voluntad pero de ejercer un poder con el fin de realizar un interés (público) ²⁶⁰ .

Finalmente, el ordenamiento jurídico positivo que sirve de referente al acto administrativo juega un papel diferente de aquel relacionado con el negocio jurídico; en éste, se trata de un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad, mientras que en aquel constituye la habilitación indispensable para la manifestación de la voluntad.

Si bien, en el derecho privado se perciben unas normas imperativas (e inclusive supletivas) se parte de una habilitación general de la autonomía privada; en el caso del acto administrativo lo más general que puede ser esa habilitación, según lo indicábamos, es refiriendo específicamente el sujeto productor y atribuyéndole competencia para proferirlo.

Por otra parte, señalábamos que un segundo elemento del acto administrativo es sin lugar a dudas la producción de efectos frente a los destinatarios. El ingrediente de poder puede verificarse con ocasión de la habilitación que hace el ordenamiento jurídico de proferir unilateralmente la voluntad, pero se hace contundente con los efectos frente a los destinatarios que el mismo ordenamiento jurídico reconoce.

Al señalar que un acto genera una modificación jurídica o que crea efectos jurídicos, no estamos haciendo nada distinto que atribuirle a los actos administrativos un carácter de norma. Los actos administrativos son consecuentemente preceptos de conducta, ya que su contenido no queda perdido en la nada, sino que constituye una pauta de conducta para sus destinatarios.

Merkel al referirse al concepto de acto administrativo distingue entre acto en sentido amplio y acto en sentido estricto. La primera categoría se identifica con cualquier actividad administrativa y la segunda atribuye un contenido jurídico al descartar de la noción de acto administrativo aquellos “actos meramente ejecutivos” y sólo contemplar aquellos “actos creadores del derecho” ²⁶¹ .

De esta manera sólo estamos en presencia estricta de un acto administrativo,

cuando quiera que podamos identificar su connotación normativa, es decir, la efectiva verificación de unos efectos jurídicos para los destinatarios del mismo. “En sentido estricto sólo los actos jurídicos [...] los establecedores de derecho, se consideran como actos administrativos” ²⁶² .

Surge así un imperativo para la ciencia jurídico administrativa de no poca importancia: ubicar los actos administrativos en el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico e identificar distintas categorías de actos administrativos, de modo que puedan estructurarse adecuadamente en el sistema jerarquizado de fuentes del derecho ²⁶³ . Es en este sentido que toma una importancia significativa la distinción entre actos administrativos de carácter general –reglamentos– y actos administrativos de contenido particular ²⁶⁴ .

Llamamos la atención sobre la urgencia de identificar la importancia de algunas clasificaciones de actos administrativos y a desatender aquellas que por más buena intención académica o pedagógica oscurecen los contenidos teóricos generales del acto administrativo. Una clasificación dirigida a identificar la estructura jerárquica de los actos administrativos ²⁶⁵ , una clasificación dirigida a constatar hipótesis de rompimiento del elemento de la “manifestación” de la voluntad ²⁶⁶ , una clasificación motivada por la participación del destinatario en el momento de producción del acto ²⁶⁷ , o una clasificación que permita verificar la capacidad creadora o no de derecho del acto administrativo ²⁶⁸ , son manifestaciones claras de construcciones doctrinarias coherentes que ayudan a robustecer el panorama conceptual del acto administrativo.

De esta manera, nos permitimos hacer la siguiente consideración conceptual de la categoría que se analiza: una concreción de la actividad administrativa que se materializa como una manifestación unilateral de la voluntad de un sujeto de derecho, de contenido administrativo (en cuanto supone ejercicio de función administrativa), que crea efectos jurídicos a otros sujetos de derecho y que encuentra sustento en el ordenamiento jurídico positivo vigente ²⁶⁹ .

Conclusión. El subsistema normativo jurídico administrativo como habilitador del ejercicio de prerrogativas públicas, pero también como referente de comportamientos administrativos que no implican ejercicio de poder.

Con un planteamiento teórico como el presentado en esta obra, la actuación administrativa no es un concepto que sistematiza las distintas actuaciones administrativas que pueden desarrollar las administraciones públicas –en un sentido formal–, sino las distintas acciones a través de las cuales se pueden materializar las distintas actividades administrativas.

A cada una de las actividades administrativas estudiadas en el capítulo anterior no les corresponde un inequívoco tipo de actuación administrativa, señalar esto es un error –a veces recurrente– que parte de la confusión de la observación de las formas materiales como se puede concretar la función administrativa, con las acciones específicas de quien desarrolla la función administrativa, que guardan trascendencia jurídica por incidir en el tratamiento de la legalidad y de la responsabilidad de éste.

De esta manera, al menos para el caso colombiano, es equivocado señalar que mientras la actividad de policía administrativa se manifiesta a través de actos de autoridad –actos administrativos–; el servicio público no, toda vez que una y otra actividad que constituyen ejercicio de la función administrativa, pueden concretarse en actos de autoridad o en formas distintas, que de igual manera sirven para dar cumplimiento a los fines del estado.

Acertadamente dentro de los distintos tipos de actuación administrativa hay unos que involucran la voluntad administrativa, es decir de quien ejerce la función administrativa y otros no; así como hay algunos que involucran ejercicio de autoridad o no y por ende adquieren formas coercitivas. Lo que desde una perspectiva teórica debe plantearse al respecto es para qué sirve identificar unos y otros, toda vez que es frecuente constatar clasificaciones que parecieran no encontrar de manera fácil un criterio que les de fundamento.

En el caso colombiano tradicionalmente se ha hecho una distinción entre actos administrativos y hechos administrativos, que se ha visto enriquecida de manera más reciente por el contrato administrativo y la omisión administrativa ²⁷⁰. De esta clasificación pareciera derivarse la exigencia conceptual de diferenciar las manifestaciones unilaterales que involucran ejercicio de autoridad, de las omisiones que si bien detentan la misma lógica de unilateralidad no suponen ni ejercicio de autoridad ni “manifestación”, de los simples acontecimientos que aunque involuntarios producen efectos jurídicos, y de los acuerdos de voluntad que pueden suponer o no ejercicio de autoridad.

Como se observa los criterios principales para la composición de la actuación administrativa en Colombia son el ejercicio de autoridad o no, por una parte; y por la otra la unilateralidad y/o multilateralidad.

Esta apreciación conceptual nos arroja una conclusión indiscutible y es que no todas las actuaciones administrativas tienen efectos jurídicos, y aquellas que los tienen, no suponen necesariamente ejercicio de autoridad.

Sin embargo este panorama teórico y conceptual encuentra un relativo problema al encontrar en el derecho nacional un referente de derecho positivo (art. 83 Código Contencioso Administrativo) que relaciona a una y otra categoría con acciones judiciales precisas. Por una parte se ha desdibujado el razonamiento teórico anterior; por otro, se insiste en una clasificación sin a veces saber para qué sirve; y por otro, se percibe únicamente aplicación práctica al conocimiento de estas categorías, para efectos de identificar la acción judicial que resulta pertinente.

Pasando de largo esta coyuntural situación colombiana, se debe subrayar, que si bien el acto administrativo no es el único tipo de actuación administrativa, si es el más característico, en términos de confrontación con el derecho común. En el seno de este último, tradicionalmente se estudian acontecimientos –incluyendo omisiones– que pueden tener trascendencia jurídica en términos de legalidad y responsabilidad, así como acuerdos de voluntad entre dos o más partes con importantes efectos jurídicos.

El acto administrativo tiene la peculiaridad de ser un instrumento por antonomasia del poder del estado, así como la de crear situaciones jurídicas que alcanzan una importancia mayúscula al momento de constatar el cumplimiento de la legalidad administrativa, así como la responsabilidad de sujetos estatales y sujetos que desarrollan la función administrativa.

El acto administrativo como ejercicio de una prerrogativa pública no constituye el fundamento de un tratamiento jurídico administrativo, como se llegó a sostener por algunos doctrinantes y en cierta época; el acto administrativo como posibilidad jurídica encuentra fundamento en el ejercicio de la función administrativa y en la forma como el ordenamiento jurídico hace desarrollo de ésta.

De esta manera, el acto administrativo es una consecuencia de la existencia

efectiva y de la operatividad de un subsistema normativo –derecho administrativo– que le da origen y oportunidad de ser, no como siguen sosteniendo algunos, la causa de éste.

Por lo anterior no podemos sino ser críticos de aquellas voces doctrinarias y jurisprudenciales que encuentran las prerrogativas públicas, o si se quiere, el ejercicio de autoridad pública como ingrediente de la función administrativa. Este último es principalmente un concepto teleológico, que da lugar a la procedencia del derecho administrativo –en los términos y proporciones que lo estime el legislador–, y es este último el que da vida y forma a la posibilidad de que distintos sujetos de derecho puedan ejercer prerrogativas públicas, las más de ellas manifiestas a través de actos administrativos.

Este papel protagónico de los actos administrativos en el tratamiento jurídico administrativo que se le da a la función administrativa, no puede sin embargo desconocer otros tratamientos jurídicos diferenciados –en confrontación con el derecho común– que no necesariamente involucran ejercicio de prerrogativas públicas, verbigracia desarrollos específicos de reglas en materia de contratación estatal, o procesos de selección objetiva en los contratos estatales.

En casos como en los señalados, si bien puede apreciarse ejercicio de prerrogativas públicas, esto no necesariamente es así, se evidencia en ellos un tratamiento jurídico administrativo y por ende diferenciado al derecho común, que encuentra al igual que aquellas, fundamento en la función administrativa que está en juego, es decir, en los fines del estado que se encuentran involucrados.

V. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU OBJETO

Premisa. La jurisdicción contencioso administrativa y los fundamentos del derecho administrativo ¿originalidad colombiana?

Con excepción de todos los capítulos que preceden, en este no se desarrollará un argumento que guarde relación con una construcción teórica del derecho administrativo, toda vez que lo que aquí se pretende es presentar algunas reflexiones en torno a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En algunos ordenamientos, pero principalmente, en ciertas épocas ha existido en varios escenarios del derecho comparado una identificación entre derecho administrativo y jurisdicción de lo contencioso administrativo. En Colombia basta una revisión práctica del asunto para concluir que no necesariamente el objeto de nuestra jurisdicción coincide con un subsistema normativo jurídico administrativo y, por ende, con la disciplina objeto de este libro: el derecho administrativo.

En este contexto ¿porqué incluir en unos fundamentos de derecho administrativo, una reflexión sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo? Existen varias razones para ello las cuales pretendemos ilustrar en esta premisa y, para darle forma a las mismas, presentaremos algunas reflexiones teóricas.

En el capítulo anterior se señalaba, cómo, probablemente con una connotación antitécnica, existe una coincidencia doctrinaria, con sustento en el derecho positivo, entre las actuaciones administrativas que tienen trascendencia para el derecho administrativo, y las acciones judiciales que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este sentido se indicó que acto, hecho, omisión, operación y contratos administrativos son manifestaciones que encuentran soporte en la legalidad y trascendencia en la eventual responsabilidad de quien ejerce función administrativa, pero también las categorías que en

términos prácticos sirven para la escogencia de una u otra acción judicial.

De esta manera, aunque no se perciba una coincidencia entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el derecho administrativo, este solo hecho denota una proximidad entre una y otra institución, que al menos desde una perspectiva teórica fuerzan a unos fundamentos del derecho administrativo a indagar sobre la esencia y objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este es el propósito fundamental de este capítulo, en el que se desarrollarán en un primer literal algunos apuntes sobre los distintos modelos de justicia administrativa que se perciben desde una óptica teórica y si se quiere comparada, con la finalidad de identificar los rasgos principales del modelo colombiano; y en el segundo, con la misma intención, se hará una breve revisión histórica de esta institución en el caso colombiano; para finalmente, presentar algunos apuntes sobre el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y sus relaciones con los fundamentos que hemos intentado construir en esta obra ²⁷¹ .

Para una mejor comprensión de este intento, presentaremos enseguida algunas consideraciones históricas y teóricas generales, sobre el origen de una jurisdicción de lo contencioso administrativo en Francia a nivel teórico, que sirvan de fundamento a nuestro propósito.

La revisión histórica del origen y la evolución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es un capricho académico; por ser esta una situación relativamente reciente y al haber aparecido en un estadio maduro de la evolución del estado, su génesis afronta una realidad que fuerza el desarrollo de una justificación que de manera coherente logre explicar su naturaleza.

Resulta evidente que para hablar en términos racionales de jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe existir un estado –en sentido moderno– y aún más un estado de derecho. Esta apreciación de manera inequívoca nos dirige la mirada a una realidad política y jurídica que debe considerarse a la base de cualquier esquema jurisdiccional de esta naturaleza.

Esta doble perspectiva podemos y debemos apreciarla en la aparición de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como en su evolución, que como intentaremos percatarnos en seguida, está caracterizada por la imitación, la adaptación o la negación de una institución práctica –con nacionalidad propia– antes que teórica, que aparece frente a la necesidad de continuar de manera

coherente un proceso de racionalización del poder político y sometimiento de este al derecho, iniciado desde la época revolucionaria o inclusive antes.

Debemos identificar entonces la existencia previa de los elementos propios de la figura estatal ²⁷² y verificar que se encuentre sometida al derecho; realidad ésta que nos fuerza a pensar en los estados revolucionarios y posrevolucionarios, aunque en situaciones anteriores de indiscutible interés administrativo podemos ya percibir controles judiciales o cuando menos parecidos a estos.

En el estado monárquico francés de manera principal, se puede verificar un efectivo “estado administrativo”, que al entender de importantes tratadistas como Nigro contiene un considerable número de estructuras administrativas – obviamente dependientes del monarca– que por sus rasgos, su naturaleza, así como por experiencias pasadas, perseguirán un autocontrol y no aquel ejercido por primitivas instancias judiciales y principalmente por los Parlamentos ²⁷³ .

Se insiste en el caso práctico y documentado del Edicto de Saint Germain en el que se establecía:

Nous avons déclaré que notre Parlement de Paris et toutes les autres cours n’ont pas établié que pour rendre la justice à l’avenir connaissance d’aucun affaire semblable à celles qui sont ci-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l’Etat, administration ou gouvernement du celui ²⁷⁴ .

No es Francia el único estado que afrontará esta exigencia práctica; sin embargo su realidad histórica monárquica así como aquella revolucionaria de índole política y jurídica, constituirán razón suficiente para que sea allí donde se forme y consolide una idea clara y contundente inicial sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de modo que esta sea posteriormente evaluada por otras experiencias estatales que de manera “coincidente” o claramente provocada la imitarán, adecuarán o negarán ²⁷⁵ .

En este orden de ideas el estudio comparado ofrece una vital importancia asumiendo una metodología específica ²⁷⁶ ; profundizar en las razones y fundamentos que motivaron el estado francés en la creación y afirmación de la

necesidad de una jurisdicción contencioso administrativa y la forma como en otras latitudes se ha adaptado y negado la existencia del mismo y se ha intentado seguir esquemas parecidos u opuestos.

De la anterior consideración se arrojarán reflexiones oportunas para el entendimiento de esquemas como el nuestro y la mayoría de estados en que se predica la necesaria independencia del juez de lo contencioso administrativo, esto se realiza a través de modelos de control que oscilan entre refinamientos más o menos considerables al planteamiento original y consecuentemente oscilantes entre consideraciones políticas y jurídicas no sentidas del mismo modo que los franceses, pero perfectamente reproducibles en procesos universales como el estado de derecho y/o el constitucionalismo.

Una metodología de aproximación teórica como la que proponemos, corre riesgos antipatriotas y simplistas al insistir en la paternidad de un estado sobre un tema y parecer invitar a percatarse de las diferencias y tratar de entender su razón de ser. No consideramos ésta una reflexión justa, pues no se trata de reivindicar superioridades sobre específicos temas sino de percatarse de realidades históricas que ocurrieron en Francia simplemente por existir unas condiciones materiales distintas y sin lugar a dudas una mayor madurez administrativa, como mayor madurez teórica van a tener los alemanes u otros doctrinantes al momento de teorizar sobre la materia.

El incipiente control judicial de la administración que en un ambiente como el francés se forma, va a encontrar en la realidad revolucionaria un ambiente propicio para su consolidación y madurez. Se percibe una amplia tendencia en Francia a la asunción pura de la teoría de la división de los poderes públicos consagrada en el Espíritu de las leyes ²⁷⁷ y bajo esta construcción teórica la administración pública –rama ejecutiva– no puede permitirse intromisiones de la rama judicial y consecuentemente debe idear los mecanismos para autocontrolarse ²⁷⁸ .

Es así como el constituyente de 1790 afronta una discusión práctica de enorme trascendencia, consistente en someter el control judicial de la administración pública a ella misma, o a los tribunales judiciales; la solución será la de negar la intromisión de las instancias judiciales en la actuación administrativa ²⁷⁹ y en desarrollo de una aplicación “pura” del principio o “dogma” de la división de los poderes públicos, atribuir a la misma administración su control.

Se estableció en el artículo 13 (Título 2) de la Ley sobre la organización judicial, 16-24 de agosto de 1790:

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ²⁸⁰ .

La idea del necesario control judicial sobre la actuación administrativa, no se consolidará realmente, dejando un vacío en el ideal liberal revolucionario ²⁸¹ ; curiosamente es a partir de otro principio también liberal y también revolucionario –la división de los poderes públicos– que se perfecciona un típico control administrativo sobre la actuación de la administración pública ²⁸² .

Desde una perspectiva teórica, toma fuerza (aunque no de manera unívoca) la concepción de que “juzgar a la administración es administrar”, consideración esta que ha estado muy unida al principio de interés general ²⁸³ de arraigo importantísimo en el derecho administrativo francés, y que hacía pensar en su aplicación y permanente construcción cuando quiera que se controlara la actuación administrativa ²⁸⁴ .

La consolidación de una “jurisdicción judicial” y una “jurisdicción contencioso administrativa” no es un aspecto meramente terminológico, se trata de un fenómeno que lleva consigo una determinación política de enorme relevancia, como es aquella de concebir una administración pública que actúa y que se controla a sí misma en cabal cumplimiento de la máxima administrativa del principio de legalidad y el estado de derecho.

Sucedirá a esta realidad política otro fenómeno práctico de enorme trascendencia y que se ubica en el marco de una gran reforma administrativa adelantada en época napoleónica: la creación de un consejo de estado. La originalidad del mismo, de manera alguna es absoluta, encuentra importantes raíces en el conocido como Consejo del Rey que en algunas oportunidades toma inclusive denominación idéntica ²⁸⁵ .

El Consejo del Rey como señala Durand en Francia adquiere unos caracteres

distintivos en consideración a otros estados europeos, pues si bien sus miembros son potencialmente elegidos por el Rey, los consejeros tienen una vocación de perpetuidad que difícilmente permite al rey disponer de su cargo. Alcanzar esta posición implica una dignidad particular y un deber de cumplir con sus funciones durante períodos de trabajo estrictos ²⁸⁶ .

La efectiva instauración del consejo de estado en época napoleónica (Constitution du 22 frimaire an viii) trae consigo la asignación de cuatro grandes funciones (arts. 52 y 75) ²⁸⁷ :

1. Diseñar proyectos de ley (en sus respectivas materias).
2. Diseñar los reglamentos de la administración pública.
3. Resolver las dificultades que se sometan a su conocimiento en materia administrativa.
4. Autorizar las investigaciones judiciales contra los agentes de gobierno y los ministros por hechos relativos a sus funciones.

Se puede fácilmente prever que se trataba, para la época, de típicas funciones administrativas ²⁸⁸ , que seguían el curso de una evolución coherente del control administrativo desde la administración misma. Sin embargo, vale la pena llamar la atención sobre la tercera función apenas reseñada, pues de manera indiscutible abría una puerta al desarrollo de funciones con alto tinte judicial y daba lugar a una marcada discrecionalidad en la actuación de sus miembros.

Las funciones de control administrativo de la administración pública, en época revolucionaria desarrolladas por los directores de departamento y distrito ²⁸⁹ , así como por el consejo de ministros (sucedido por los ministros cuando el rey no existirá más) ²⁹⁰ , fueron en buena parte asumidas por el nuevo consejo de estado, al menos aquellas de los primeros, pues las de los ministros continuarán hasta finales del siglo XIX ²⁹¹ .

Como señala Chapus, se presencia en época napoleónica un trascendental cambio de la administración pública como controladora de su misma actividad; esta función pasa de tener una esencia activa –administrar es juzgar–, para adquirir un carácter consultivo, que se irá abriendo paso en su carácter decisorio y su vinculatoriedad con el paso del tiempo ²⁹² .

Muchas son las reformas legales que se han introducido con posterioridad en el esquema francés, sin embargo, una estructura administrativa fuerte y especializada que se encargue del control de la actuación administrativa, a través de típicas funciones judiciales a más de administrativas, comienza a perfilarse desde época napoleónica, no como un invento novedoso sino como el curso de una evolución que debe apreciarse en el marco de una experiencia política y jurídica específica.

En la evolución subsiguiente tendrá un papel fundamental la creación jurisprudencial; será el mismo consejo de estado principalmente ²⁹³, quien en sus providencias vaya consolidando el carácter de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ²⁹⁴, que sobre esta base institucional y política se irá construyendo de la mano del derecho administrativo mismo ²⁹⁵.

En síntesis podemos caracterizar el origen francés de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuatro puntos:

- i. Existencia de unas bases monárquicas administrativas de enorme repercusión en el planteamiento liberal del control de la actuación administrativa: centralización administrativa; existencia de un consejo del rey con una acentuada independencia del monarca; desconfianza en el control de la actuación administrativa ejercido por las cortes y especialmente por los parlamentos.
- ii. Existencia de una marcada influencia de la teoría clásica de la división de los poderes capaz de lograr un replanteamiento del control judicial sobre la acción del gobierno entendido también como una clara manifestación del estado de derecho.
- iii. Existencia de una reorganización administrativa inspirada en modelos centralistas, de especialización y jerárquicos en época napoleónica.
- iv. Formación y consolidación de un “régimen administrativo” o un derecho administrativo de la mano de una pre-existente jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza de órganos especializados que hacen parte de la misma administración pública.

Insistimos en la verificación de percibir una realidad práctica detrás de la consolidación del contencioso administrativo a la francesa; no se trata de un movimiento teórico intenso ni cargado de una alta carga dogmática, simplemente estamos en presencia de unos acontecimientos históricos que se suceden de

manera natural y consecuente con una realidad específica no ausente en otros ordenamientos pero posiblemente menos clara y contundente.

Consideramos imprudente reivindicar aportes específicos a la formación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de manera descontextualizada con realidades nacionales. Consideramos también impropio para la realidad colombiana meternos en un juego de “arqueología jurídica” con la intención de identificar aportes de derecho comparado de manera aislada.

Creemos en la metodología anunciada de analizar su origen histórico y sobre todo sus razones, analizar los modelos que nos señala el derecho comparado con ocasión de procesos de imitación o negación, para luego intentar criticar y, sobre todo, construir una realidad de derecho positivo que al menos en nuestro caso coincide con una opción del constituyente.

A. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. MODELOS

Tradicionalmente han sido considerados por buena parte de la doctrina especializada, unos modelos de control judicial de la actuación de la administración pública ²⁹⁶, refiriéndose a ellos como posibles modelos, como modelos ideales, pero sobre todo con un altísimo tinte de derecho comparado.

De conformidad con la metodología propuesta no pretendemos con la siguiente exposición hacer un acercamiento a realidades de ordenamientos jurídicos específicos; tampoco se trata de verificar estadios “más avanzados” de control judicial de la administración pública. Partiendo de la idea ya sostenida consistente en que el control judicial de la administración pública es una consecuencia directa del estado de derecho y que se configura como un fenómeno práctico de enorme trascendencia en un estado (de manera principal) para que sea imitado, rechazado o adaptado por otros, pretendemos tan solo agrupar las principales tendencias de imitación, negación o adaptación, para efectos de poder entender del mejor modo posible la realidad que nos preocupa que es la colombiana.

Con los cuatro modelos propuestos no pretendemos entonces acercarnos a una institución de altísimo interés desde la perspectiva del derecho comparado ni a un detalle siquiera elemental de sistemas de control judicial como el francés, el inglés, el italiano, el alemán o el español. Preferimos en este sentido, considerarlos como modelos ideales, con la intención de identificar los rasgos distintivos de cada uno, incluyendo aquel que pareciera adoptar el ordenamiento jurídico colombiano.

Pretendemos revisar cada modelo considerando cuando menos los siguientes componentes:

- Órgano o rama del poder público que ejerce el control.
- Características de la organización del “ente” controlador.
- Derecho positivo (sustantivo principalmente) que considera el “ente

controlador”.

– Efectos principales en consideración a nuestra realidad.

1) Control judicial ejercido por la administración pública

Tal y como lo anunciábamos en la premisa de este capítulo, no resulta extraño en atención a distintos factores prácticos que se piense en un control de la actuación administrativa desarrollado por la misma administración pública. Lo que irá progresivamente adquiriendo más fuerza, es la necesaria independencia que debe existir entre una administración que desarrolla actividades corrientes de administración y aquella parte que la controla o la juzga.

Esta separación va a encontrar un importante punto de partida en el fortalecimiento orgánico del “ente controlador”; en la medida en que este alcance respeto, credibilidad y del contenido de sus decisiones trascienda una alta carga técnica y justa, se robustecerá la idea de la necesaria distinción entre las funciones administrativas de aquellas judiciales ²⁹⁷ .

Sin embargo esa independencia paulatina irá dirigiendo la atención hacia la efectiva verificación de una función judicial (y no administrativa) desarrollada por el ente controlador y consecuentemente deberá consolidarse aún más su independencia para evitar que la crítica no venga del otro lado, es decir de los jueces que se sienten desplazados de sus funciones ²⁹⁸ .

En este sentido pueden verificarse muchos acontecimientos históricos que permiten atender este fenómeno desde una perspectiva práctica; nos llaman particularmente la atención la ya referida autoampliación (y consolidación) de competencias del Consejo de estado francés en detrimento de las funciones ministeriales (fallo Cadot) y sobre todo la posibilidad del consejo de estado de proferir sus fallos sin necesidad de que estos sean aprobadas por el jefe de estado (Ley del 24 de mayo de 1872); rasgos estos conocidos por la doctrina como el paso de una justicia retenida a una justicia delegada ²⁹⁹ .

Este desarrollo y consolidación del carácter jurisdiccional del consejo de estado va a encontrar en Francia un referente territorial con la creación de los consejos de la prefectura, donde se insiste en la ya referida denominación consultiva de los mismos (al igual que el consejo de estado), pero sobre todo en que pese a su connotación administrativa, en época napoleónica perderán su carácter de “colectividad territorial” para detentar exclusivamente un estatus de

circunscripción (territorial) hasta ser remplazados por los hoy existentes tribunales administrativos ³⁰⁰ .

De este modo, en la Francia actual, más que hablar de efectivas discusiones de si el control es judicial o no, se insiste en el carácter jurisdiccional del contencioso administrativo, es decir, en su efectiva función para “decir el derecho” de manera independiente a su pertenencia a la rama ejecutiva y no a la judicial.

Desde el punto de vista de la parte sustantiva del derecho que es aplicada por quienes ejercen el control judicial sobre la actuación administrativa, difícilmente puede pensarse en la aplicación de un derecho común, sino más bien de un efectivo “régimen administrativo” o derecho administrativo.

La situación especial de una administración pública que de uno u otro modo se controla a sí misma estará complementada por unas reglas que también detentan este carácter especial en confrontación con el derecho común. Sin embargo, este no es un aspecto preparado, sino también un acontecimiento práctico que se irá produciendo progresivamente de manera espontánea.

Bastante se insiste en la formación conjunta del derecho administrativo y la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la experiencia francesa; sin embargo, insistimos en la primacía histórica y quizás necesaria de la existencia – más o menos robusta– de una jurisdicción de lo contencioso administrativo para que pueda desarrollarse un verdadero derecho administrativo.

Buena parte de las instituciones jurídico administrativas en Francia han tenido su origen en la jurisprudencia francesa y principalmente en aquella del consejo de estado ³⁰¹ ; difícilmente este desarrollo se hubiera producido sin la pre-existencia de una jurisdicción contencioso administrativa efectiva y ajena a la filosofía y metodología de la jurisdicción ordinaria (jurisdicción judicial)

En este sentido, la administración pública asumía el reto no sólo de controlarse de manera creíble, sino de paulatinamente construir unas reglas sólidas que aparte de creíbles se sustentaran en términos teóricos de manera diferenciada a aquellas concebidas para la formación del derecho común por parte del parlamento.

Este aspecto contará con un elemento formal adicional definitivo. No se establecía (ni se establece) al seno de la Constitución Política (francesa) la existencia de una jurisdicción de lo contencioso administrativo ³⁰² , corriéndose

el riesgo de que por vía legal, las cosas cambiaran y se pasara a un modelo que eliminara o modificara un modelo de control judicial de la administración pública sobre el cual se dirigían todas las miradas ³⁰³ .

De esta manera el consejo de estado y en general la jurisdicción de lo contencioso administrativo no sólo podía sino debía a través de la jurisprudencia consolidar su vocación especial e independiente y esto implicó seguramente fortalecer los presupuestos de la existencia del modelo de control judicial que se había adoptado, así como aquel derecho que comenzaba a formarse y que trazaba unas reglas distintas para la consideración de la actuación administrativa. Nace consecuentemente una necesidad teórica paralela consistente en encontrar una fundamentación teórica capaz de soportar este nuevo y original orden de cosas.

La vocación creativa de la jurisprudencia del contencioso administrativo francés ³⁰⁴ encuentra entonces también un origen histórico cierto en la consolidación de este modelo de control judicial. La defensa de la jurisdicción y la creación del derecho administrativo en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativo va a encontrar en estos presupuestos prácticos, pero también en una realidad de derecho positivo concreto, un ambiente que propicia y exige esta capacidad creadora, rompiendo con la tradición legislativa imperante.

Como efectos importantes de este modelo, que puedan generar algunas reflexiones importantes en nuestra forma de control nos permitimos señalar los siguientes:

i. Aunque se trate de efectivas y verdaderas funciones judiciales es un control ejercido por la administración pública, lo que nos hace pensar en un concepto de administración o de función administrativa mucho más amplio, pues involucra tareas que de manera indiscutible van más allá del ideal liberal clásico de ejecutar la ley.

Podemos estar en presencia de una desmitificación del rol ejecutor de la ley atribuido a la administración pública y el llamado de atención a la posibilidad de una administración pública que desarrolle tareas similares a las de los jueces, inspiradas en aspectos prácticos, antes que en consideraciones teóricas ³⁰⁵ .

ii. La eventual desconfianza que puede suscitar este modelo, fuerza a una respuesta coherente de tecnificación e independencia de los “entes” involucrados

con el control judicial de la administración pública. Estos deben esforzarse por demostrar y justificar su carácter independiente y esto lo logran con la fundamentación y metodología al momento de proferir sus decisiones.

Podemos entonces decir que este modelo nos lleva hacia una más decidida tecnificación de los “jueces” y sin lugar a dudas a una más intensa construcción teórica que logre fundamentar en términos sustantivos la esencia diferente del derecho de la administración pública.

iii. Los recursos administrativos (o de vía gubernativa) adquieren una esencia particular; siendo la administración pública aquella que los resuelve pero también aquella que en sentido general ejerce el control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa. Estos alcanzan una esencia particular, pues antes que constituir una posibilidad para evitar una efectiva controversia que se le presentará a un tercero, constituyen el inicio de una litis que se resolverá en definitiva por el órgano con carácter jurisdiccional pero en síntesis por la misma administración pública.

Si bien puede pensarse en los recursos como una búsqueda de arrepentimiento de la administración o de posibilidad de hacerla caer en cuenta de su error, adquieren un carácter más cercano a una verdadera conciliación institucionalizada cuando quiera que pueden arreglarse antes las cosas ³⁰⁶ .

iv. La dualidad de los “entes” controladores (jurisdiccional y consultiva) hace que la función consultiva alcance una relevancia particular; esta no se asume como el razonamiento de un tercero que puede llegar a sancionar a la administración, sino del órgano más prestigioso de la administración (consejo de estado) que en casos de cuestionamientos de la legalidad de la actuación administrativa dará la última palabra.

Las distintas administraciones públicas consecuentemente, de manera más natural y menos prejuiciosa consultarán a la instancia más respetable sobre eventuales dudas y vicisitudes que puedan encontrar en el desarrollo corriente de sus funciones ³⁰⁷ .

v. De manera independiente a los factores específicos que han marcado la evolución jurídico administrativa francesa, la jurisprudencia de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa, adquiere una mayor relevancia, pues su valor creativo y constructivo del derecho administrativo se

hace más contundente.

Tratándose de un órgano no perteneciente a la rama judicial y que goza de absoluta independencia, los principios trazados por los jueces convencionales van a tener poca o menor relevancia y el papel creador de la jurisdicción contencioso administrativa va a ser mas significativo debiendo referirse a elementos generales que den dirección al derecho administrativo.

2) Control judicial ejercido por la jurisdicción ordinaria

Al igual que indicábamos la existencia de un conjunto de factores que se encargaron de determinar la innovación de un esquema de control judicial de enorme originalidad y gran impacto como el francés, van a presentarse algunas bases histórico políticas que van a ocasionar una reacción de negación de este esquema en el modelo británico, construyendo un efectivo control judicial pero ejercido por la rama judicial, de enorme relevancia en el derecho comparado, principalmente en estados anglosajones e inclusive europeos continentales como Bélgica ³⁰⁸ .

Se trata también en este modelo de control, de una reacción práctica en el proceso de realización del estado de derecho a partir de la existencia de supuestos históricos distintos. Formación más incipiente de una administración pública en el “antiguo régimen” ³⁰⁹ con características de amplia descentralización (self government); amplia credibilidad en el ejercicio de funciones por parte de las cortes; una concepción jurídica que permitía una mayor flexibilidad (y menos formalidad) de las decisiones judiciales; una lectura más flexible de principio de separación de poderes; una experiencia más madura en materia de derechos y libertades individuales; y una forma de gobierno probablemente similar en términos formales, pero más madura en términos reales; son algunos de los factores que de manera indiscutible van a provocar la creación de un modelo de control distinto, reaccionario y de enorme importancia.

Claramente, existe una estrecha relación entre la lectura de la teoría de la división del poder público y los presupuestos históricos y las experiencias prácticas en materia de acción de la función judicial. Si el objetivo último es la realización del estado de derecho, la rama judicial va a ser aquella parte del poder del estado que en mejor medida contribuya a este fin. Debe existir entonces un garante de las libertades individuales que se ven plasmadas en el derecho y esto se extiende a todos los campos, incluida la acción ordinaria de las autoridades públicas ³¹⁰ .

Esta aproximación genérica del papel del juez debe observarse de manera

acompañada a un derecho donde los ideales de justicia –aun justicia natural– van a ser mas fáciles de operar por parte del juez que por otras instancias públicas; de este modo la reflexión sobre la eventual o necesaria especialización de la labor judicial, pasa a un segundo plano, dando cabida más fácilmente a la reflexión de una actividad que tiene unas constantes de manera independiente al grado de regulación jurídica y al número de hipótesis de hecho que ella afronte ³¹¹ .

Otro factor ampliamente importante es sin lugar a dudas la influencia de la “pureza” del modelo de gobierno parlamentario que se desarrolla paulatinamente en Inglaterra. La rama ejecutiva es una clara manifestación de poder; consecuentemente éste debe ser controlado y por excelencia este control corresponde al parlamento; es entonces el control político un instrumento eficaz dirigido justamente a percatarse de que el comportamiento administrativo esté ajustado al derecho y quien si no quien lo produce, es por excelencia el órgano que de manera efectiva logre este control ³¹² .

Estas tendencias de manera indiscutible nos llevan a pensar en una marcada desconfianza de un eventual control de la rama ejecutiva desarrollado por ella misma; los jueces son buenos para ello cuando quiera que al control político se le escape la verificación de un comportamiento que contraviene el derecho ³¹³ . Los jueces garantizan libertades individuales a través de la realización del estado de derecho y consecuentemente deben controlar la acción administrativa.

Es interesante apreciar como esta aparente “subsidiariedad” del control judicial de la actuación administrativa ³¹⁴ , en el esquema parlamentario de gobierno estará complementada por una acción más cercana de la ciudadanía (cuando quiera que esta verifique irregularidades en la actuación administrativa) a través de la importación de la figura escandinava del ombudsman . La función primordial de este, de manera similar a donde ha sido concebida la figura, resultará entonces aquella de informar al parlamento la existencia de irregularidades administrativas (ilegalidades) para que este pueda desarrollar de manera más eficaz su control político ³¹⁵ .

Otro aspecto novedoso de este modelo de control judicial de la actuación administrativa, es la existencia de unas acciones (recursos) judiciales (órdenes) que bajo una óptica de derecho administrativo se presentan de manera simultánea a las acciones ordinarias que pueden adelantarse ante la jurisdicción (ordinaria), no para efectos de perseguir una eventual indemnización de

perjuicios, sino para ajustar a derecho el comportamiento administrativo ³¹⁶ .

En la práctica el carácter procesal de las mismas y sus expectativas de eficiencia, no hacen que siempre se prefieran a las acciones comunes (ordinarias); es importante resaltar que no tienen vocación resarcitoria y la conciencia de un tradicional juicio declarativo como mecanismo idóneo para ajustar a derecho la actuación administrativa tiene mucho peso en un esquema como el inglés, llegando inclusive a utilizarse en algunas oportunidades la vía ordinaria aun para obtener una simple declaración ³¹⁷ .

Si bien estas “órdenes” son consideradas por la doctrina como de derecho público, son interpuestas ante la jurisdicción común (ordinaria), pues con su esencia se persigue claramente un control que debe ser desarrollado por los jueces y no como sucedería en Francia por la misma administración pública. Wade haciendo una comparación moderna de los dos esquemas señala:

el sistema inglés es todavía más lógico (que el francés), porque distingue a los poderes, más bien por su naturaleza que por las personas que los ejercen y porque considera todo tipo de decisiones judiciales como si formasen parte de los tribunales de justicia ordinarios. En la actualidad, desde luego, el poder judicial comparte esta tarea con un gran número de nuevos tribunales especiales, pero ocupa un lugar separado en el esquema general ³¹⁸ .

Insistimos entonces en que el énfasis mayor va hecho en la naturaleza de la función que cumplen los jueces y su coincidencia con la necesidad de controlar la legalidad (doctrina ultra vires) de la actuación administrativa. El juez entonces puede desarrollar unas destrezas especiales, pero su principal destreza es ser juez.

Sin embargo, el modelo inglés no está exento de la confusión de funciones administrativas y judiciales; actuar como jueces frente a retos eminentemente administrativos como emitir permisos o prohibiciones en asuntos domésticos es común en un esquema donde el problema de la discrecionalidad administrativa alcanza repercusiones enormes y pareciera en algunas oportunidades comparase (o confundirse) con la necesaria aplicación de funciones judiciales ³¹⁹ .

La hipótesis más interesante en este sentido está dada por los denominados “tribunales administrativos” (especiales), que adoptan según el caso distinta nomenclatura y frente a temas específicos que demandan muchas veces un tratamiento con una alta carga técnica, cumplen funciones administrativas a más de judiciales o quasi-judicial como las conoce algún sector de la doctrina. Se encargan principalmente de aspectos relacionados con el Welfare State: seguridad social, impuestos, inmigración, servicio nacional de salud, educación y empleo ³²⁰ .

Comisiones, Comités o Autoridades (todos ellos tribunales administrativos) constituyen un importante desarrollo del siglo XIX, pues desde su perspectiva estatal (nacional) deciden verdaderos contenciosos que son iniciados de oficio o a solicitud de parte, conjugando muchas veces típicas funciones administrativas (sancionadoras principalmente) con funciones judiciales, hasta el punto de someter sus decisiones al control ³²¹ judicial de la jurisdicción (ordinaria) de la High Court ³²² .

Sus técnicas de manera indiscutible se alejan de la tradicional metodología desarrollada por las instancias judiciales convencionales y constituyen un importante punto de referencia para la reflexión sobre el desarrollo de una metodología distinta al menos en consideración a aquella de derecho privado –o común en este caso– convencionalmente empleada por las instancias judiciales tradicionales.

El derecho positivo aplicable, es decir aquel que utilizan los tribunales judiciales (ordinarios) para la solución de los casos concretos, es el derecho común y ya antes insinuábamos que aunque no sea correcta una perfecta identificación entre este y el derecho privado, podemos en buena medida aproximarlos considerando las pautas tradicionales que se manejan en los estrados judiciales a lo largo de buena parte de la historia.

También en esta hipótesis de modelo, no se trata de una conveniencia teórica o doctrinaria, sino simplemente constituirá un desarrollo lógico de un esquema de organización judicial que no cambia ni merece cambiar con ocasión de la efectiva sumisión de la administración pública al derecho y su consecuente control judicial. La reconocida construcción teórica de la rule of law de Albert Dicey no puede descontextualizarse de esta realidad histórica ³²³ , sino por el contrario ser asumida como una lectura bastante coherente de una realidad que como hemos apenas anotado reposaba sobre fenómenos políticos, históricos y

jurídicos distintos de otras realidades.

Wade señala que la realidad de organización judicial británica trae consigo de manera indudable para los jueces, una metodología y una aproximación a los casos específicos que manejan, de derecho privado, pues va a ser impensable una “excesiva tolerancia” con la administración pública y consecuentemente el juez hace lo que debe hacer y como lo sabe hacer ³²⁴ .

Si bien la consideración de la rule of law puede tener raíces bien remotas ³²⁵ , Dicey lo diseña con una visión moderna, que ofrece claras diferencias con la realidad actual pero que indica unas pautas de tratamiento jurídico a la administración pública importantes de enorme relevancia e inclusive de enorme vigencia. Estas características principales que conforman la rule of law pueden sintetizarse así ³²⁶ :

- i. Ausencia de poderes arbitrarios del gobierno gracias al imperio del derecho ³²⁷ .
- ii. Los sujetos de derecho están sometidos a un derecho ordinario (común) y sus controversias se dirimen ante tribunales ordinarios ³²⁸ .
- iii. Las reglas generales del derecho constitucional constituyen el resultado del ordinary law of the land ³²⁹ .

En la actualidad claramente se verifica la existencia de fenómenos que rompen no sólo con la construcción jurídica de la rule of law sino también con elementos propios de una organización judicial inspirada en la pureza de una función y su valor frente al derecho.

La existencia efectiva de prerrogativas e inmunidades, el fenómeno de la regulación, la aparición de tribunales administrativos y su efectivo ejercicio de funciones judiciales, la evidente lógica de derecho público que está tras las “órdenes” son realidades que de manera indiscutible fuerzan a replanteamientos sobre la pureza del modelo.

Sin embargo, insistimos en su consolidación práctica más que teórica si bien en este presenciamos una reacción negativa hacia la formación del modelo antes indicado en Francia, esta reacción más que una connotación teórica o doctrinaria está caracterizada una intensa vocación histórica y una capacidad envidiable de tomar conciencia de unas diferencias que implican un desarrollo distinto del

control judicial de la actuación administrativa. Diferencias que en esencia están vigentes en la actualidad.

Pasamos entonces a identificar algunos efectos que pueden contener una trascendencia importante en el momento de pensar en el modelo adoptado por Colombia:

i. La verificación de la actuación administrativa que debe adelantarse con ocasión del control judicial se encuadra en una lógica y utiliza una metodología cercana al derecho privado, pues este constituye en buena medida la unidad coherente de la construcción de la common law.

El argumento predominante en este orden de ideas es la identificación de responsabilidad de un particular o una administración pública de manera indiferente a consideraciones relativas a la naturaleza de los mismos.

ii. La existencia de acciones o recursos (órdenes) con naturaleza y características propias del derecho público, aligera en buena medida la situación anterior, pues lógicas distintas pasan a conformar los razonamientos específicos que deben afrontar los jueces.

Sin embargo, no son solamente conocidas por los jueces ordinarios, sino que continúa presente una lógica de derechos y obligaciones (claramente verificable con la orden de mandamus), que hacen que la reflexión sobre la ilegalidad de la actuación administrativa (ultra vires) se lleve al terreno de lo que puede hacer o no (derechos, deberes y obligaciones) de manera similar a como es asumido el tema por parte del derecho privado.

iii. Esta realidad de control judicial no fuerza a la doctrina y la jurisprudencia adelantar una construcción teórica (derecho administrativo) que sea capaz de soportar y argumentar en términos lógicos el tratamiento jurídico específico a la administración pública.

Son por excelencia los jueces los que se encargan de dar un desarrollo coherente a un fondo teórico unívoco que pretende concebir de manera homogénea y uniforme todo el derecho.

iv. El carácter creador del juez alcanza una consideración menos dinámica con ocasión del contencioso administrativo; no debiendo justificar un tratamiento diferenciado de la administración pública asume las innovaciones generales del

derecho común y las extiende a las hipótesis de control de la actuación administrativa.

v. No es ajeno sino propio de este esquema de control concebir una administración pública que juzga a más que un juez que administra, sólo que a esto no se llega por inminentes consideraciones teóricas como la división de los poderes públicos, sino por fundamentos técnicos y de especialización.

Se suple de esta manera una exigencia de especialización que los tribunales ordinarios se niegan a adelantar de manera novedosa y sobre todo práctica.

3) Control judicial ejercido por la jurisdicción ordinaria a través de jueces especializados

Hemos insistido en el fondo práctico que está detrás de los dos modelos señalados anteriormente; en este, esta realidad no resulta tan clara pues en buena medida trae consigo una consideración teórica y de conveniencia fundada en experiencias extranjeras, que sin embargo están caracterizadas por raíces no exentas en muchos de los estados que han optado por este tipo de modelo.

Si bien el modelo apenas referido fue construido a partir de una reacción al modelo de justicia administrativa “a la francesa”, se identifica en este con claridad una realidad práctica que por sí misma va a dar lugar a un modelo con peso suficiente capaz de influir desde una perspectiva teórica a otros estados que perciben con cierto escepticismo la realidad francesa.

Insistimos en el imperativo metodológico de analizar las distintas realidades sin ningún tipo de recelo y sin la necesidad de reivindicar grandes aportes teóricos, pues estamos frente al desarrollo de una institución necesaria para todos los estados de derecho, que en buena medida debe formarse a partir de la verificación de unas realidades y conveniencias jurídicas y también políticas. Es en este sentido que percibimos innecesarias reacciones doctrinarias, que de plano se consideran más avanzadas que las otras, desconociendo inclusive la influencia de los dos modelos ya referidos ³³⁰ .

Se percibe entonces en este modelo una marcada influencia teórica, así como una intensa construcción doctrinaria, donde los modelos “puros” de control judicial de la administración pública ofrecen un importante punto de referencia para la mejor comprensión del impacto práctico de los mismos. La realidad española, bastante cercana a nuestra experiencia, es una muestra clara de esta situación, donde no se identifica la adopción unívoca de un modelo de control judicial en términos históricos, sino distintas soluciones normativas, identificándose algunas de ellas, con los nombres de los teóricos que las han construido o influenciado fuertemente ³³¹ .

Existen dos componentes claves en este modelo de control judicial de la administración pública; la independencia de los jueces que lo ejercen (en

consideración a la administración pública) y, la necesidad que estos sean especializados.

La independencia del juez que desarrolla el control es entonces un aspecto con una marcada influencia inglesa, que se ha visto corroborada y ha alcanzado madurez a partir de la influencia ideológica liberal, evidente en distintos estados europeos como el español; se percibe entonces la necesidad de que no sea la administración pública quien se controle a sí misma, sino que sea un tercero que ofrezca por su calidad mayor imparcialidad al momento de analizar la conducta de la administración pública. Desde una perspectiva procesal Jesús González Pérez expone esta situación en los siguientes términos:

Cuando es el estado la parte que deduce o frente a la que se deduce la pretensión, únicamente existirá proceso –y función jurisdiccional- en la medida en que se dé una independencia real del órgano estatal al que se confía la satisfacción de la pretensión, en la medida en que el sujeto que administra y el sujeto que juzga, aún siendo estado, aún formando parte de este ente único que es el estado, sean realmente distintos e independientes ³³² .

La independencia se garantiza entonces solamente con el hecho de que el juez no pertenezca a la rama judicial sino a la rama ejecutiva, una lectura indiscutiblemente más flexible del principio de división de los poderes públicos, aunque con sustentos prácticos y teóricos menos sólidos que los que se perciben en la realidad inglesa, donde existe un claro llamado de atención a la vocación creadora del juez y en general un ambiente propicio para el desarrollo de la rule of law.

La especialización del juez es también un rasgo distintivo de este modelo de control ³³³ ; el juez debe estar dotado de unos conocimientos específicos y distintos en tanto debe controlar la actuación de la administración pública. La aproximación al conocimiento de controversias específicas, sin embargo, tiene una marcada tendencia subjetiva, es decir, el juez especializado avoca conocimiento atendiendo principalmente el carácter de administración pública que detenga uno de los sujetos involucrados en la controversia ³³⁴ .

Es en este sentido que con mayor rigor se va a hacer referencia al contencioso

administrativo como un “orden”, al hacer parte este, al lado de otros, de una sola jurisdicción ³³⁵ . Son entonces jueces que tienen una amplia especialización ³³⁶ y están dotados de las destrezas suficientes para actuar en derecho en situaciones específicas que demandan esta vocación judicial ³³⁷ .

El conocido como “dualismo jurisdiccional” ³³⁸ ofrece interesantes reflexiones con ocasión del análisis de este modelo de control. Claramente las hipótesis de conocimiento del orden civil y administrativo de controversias administrativas alcanzan una mayor flexibilidad en este modelo de control; pues será la realidad de conocimientos distintos y especializados lo que motive el conocimiento de uno u otro juez y de manera alguna un encasillamiento rígido con el correspondiente imperativo teórico de fundamentar y justificar la motivación del juez que conoce.

Esta situación se ve corroborada por la tendencia legislativa del derecho administrativo de los estados que han optado por este modelo de control, donde la no tan rígida fundamentación teórica de la idoneidad de uno u otro orden jurisdiccional, permiten al legislador fracturar materias o consideraciones subjetivas al momento de inclinarse por el conocimiento de uno u otro orden ³³⁹ .

En lo que respecta al derecho aplicable, en este modelo se exige una especialización normativa y consecuentemente científica. De la misma manera como se justifica una especialización de los jueces que conforman el orden administrativo se justifica una especialización de la normatividad que ellos aplican de manera análoga a como sucede con el derecho civil, penal o laboral.

En confrontación con el primer modelo de control señalado se aprecia aquí una actuación más relajada del juez de lo contencioso administrativo; pues no tiene la constante necesidad de sustentar la procedencia de un derecho aplicable distinto (así como una jurisdicción distinta) sino le basta decidir la controversia concreta a partir de la aplicación de unas normas especiales y especializadas, que el legislador ha querido que tengan esa naturaleza ³⁴⁰ .

La consecuente movilidad entre los derechos privado y administrativo como subsistemas normativos a aplicar, así como el orden jurisdiccional (civil o contencioso administrativo) que debe conocer de la controversia administrativa, están dotados de menos prejuicios y transcurren más libremente, no debiendo sustentarse a sí misma una jurisdicción no sólo especializada e independiente sino distinta en términos de la lógica de su ejercicio.

Como características más trascendentales para tener en cuenta en nuestra reflexión particular de control judicial, encontramos las siguientes:

i. La adopción de este modelo de control judicial, a diferencia de los anteriores, trae consigo una reflexión teórica, que se sustenta más que en unas realidades prácticas específicas, en una alta carga ideológica y en juicios de conveniencia.

Consecuentemente debe robustecerse un análisis crítico y permanente de este tipo de control que sirva no sólo para justificar su oportunidad y conveniencia, sino para poder comprender más fácilmente la propia realidad jurídico administrativa.

ii. Desde una perspectiva orgánica existe máxima certeza del posicionamiento de este modelo de control; se trata de un juez administrativo que pertenece a la rama judicial y a la jurisdicción ordinaria. En este sentido el análisis de los alcances de la decisión judicial y el papel del juez, no pueden desarticularse de una reflexión general predicable de toda la jurisdicción ordinaria.

iii. Existe una plena coincidencia con el modelo de control judicial desarrollado por la jurisdicción ordinaria, en lo que respecta a la imparcialidad de la decisión del juez (en este caso de lo contencioso administrativo); se trata de un órgano independiente que observa la actuación de la administración pública como un tercero y esto robustece indiscutiblemente la naturaleza de su decisión.

iv. Se justifica fácilmente la movilidad entre los órdenes privado y administrativo, esta se encuentra desprovista de reflexiones rígidas y se preocupa por la identificación de respuestas eficaces a problemas específicos en el marco del derecho.

Esta movilidad se escapa del raciocinio judicial y se ubica en la órbita de las funciones del legislador. La política legislativa es claramente la encargada de analizar el sustento teórico que hay detrás de la asignación de competencias en los distintos órdenes.

v. Los jueces aplican un conjunto normativo que es distinto al aplicable por los otros, y con una fuerte tendencia de especialización; tiene entonces el derecho administrativo una composición, unas características y unos elementos claramente diferentes.

Se trata de un derecho que se aplica de manera más libre y natural, al no tener

que justificar de manera vehemente una metodología y una lógica distintas al no existir necesidad de ello.

4) Control judicial ejercido por una jurisdicción de lo contencioso administrativo

Este modelo de control judicial, poco común en la experiencia comparada, nos ofrece un particular interés por coincidir con la realidad colombiana. Del mismo modo que el anterior, no tiene una connotación “pura” pues se verifica de manera evidente una adaptación de los modelos que obedecen a una marcada realidad práctica, principalmente aquel perfeccionado en el estado francés y desarrollado por la rama ejecutiva del poder público.

No pretendemos en este literal revisar el origen y la evolución del modelo de control judicial de la administración pública desarrollado en Colombia; tan solo tratar de identificar sus principales características, en atención principalmente a la idea ya planteada de presentación de “modelos ideales de control” antes que construcción de derecho comparado.

Se trata de un modelo de control judicial ejercido a través de un aparato perteneciente a la rama judicial, pero que no hace parte de la jurisdicción ordinaria, sino que constituye por sí solo una jurisdicción independiente. Vale la pena llamar la atención a que en este modelo el criterio de la especialización pareciera desdibujarse, para dar paso a un criterio de independencia; diferencia esta en absoluto sutil, pues se trata en efecto de una jurisdicción –un aparato para decir el derecho– distinta a aquella que ofrece una especialización en las distintas áreas convencionales que conforman el derecho ³⁴¹ .

La desintegración de lo contencioso administrativo de la jurisdicción ordinaria no puede concebirse fácilmente por vía de la evolución de la jurisprudencia (como sucede en Francia) ni mucho menos por obra del legislador ³⁴² ; implica consecuentemente un tratamiento constitucional, aspecto que refuerza su consideración teórica ideal, dándole unos importantes rasgos característicos, dirigidos principalmente a la necesaria independencia que debe guardar con la jurisdicción ordinaria.

Percibimos entonces un nexo directo entre una formulación teórica y el derecho positivo, pues la respuesta que este da a aquella es una clara ubicación del aparato contencioso administrativo en el seno de la rama judicial, pero con un

grado de independencia absoluto, en consideración a la jurisdicción que se especializa en distintas materias, es decir, la ordinaria.

Este último aspecto es de enorme relevancia; a diferencia del modelo relacionado en el numeral 1, no se exige un esfuerzo del contencioso administrativo de ratificar su existencia y su realidad, así como fundamentar los motivos que lo llevan a avocar conocimiento en unas hipótesis determinadas. En Francia la ausencia de una previsión constitucional formal, y en general del derecho positivo, traza unas pautas de comportamiento imprescindibles del contencioso administrativo; éste tiene permanentemente que justificar su existencia, así como las razones que motivan el conocimiento de algunas controversias, su carácter creador del derecho es indiscutiblemente mayor ³⁴³ .

La creación de una jurisdicción contencioso administrativa a instancias del constituyente por el contrario, implica un mínimo posicionamiento funcional; es decir, el señalamiento por parte de la Carta Política de unas funciones claras, que serán desarrolladas por el legislador, en respeto siempre de la independencia jurisdiccional. La discrecionalidad entonces del juez de lo contencioso administrativo en este modelo de control es distinta de aquella detenida por el contencioso administrativo francés, al menos atendiendo la oportunidad y posibilidad que tiene de conocer controversias no expresamente señaladas por la Constitución y la Ley y la consecuente fundamentación teórica que debe hacer para sustentar esto.

Por otra parte, el denominado “dualismo jurisdiccional” alcanza en este modelo unas características interesantes; existe una mayor flexibilidad que en el modelo 1 en el señalamiento de hipótesis susceptibles de conocimiento de la jurisdicción ordinaria e hipótesis de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. El legislador consciente de la existencia de las dos jurisdicciones y la connotación independiente de la jurisdicción contencioso administrativa, tiene la posibilidad de someter controversias específicas al conocimiento de una u otra, siempre que atienda las exigencias de independencia de la jurisdicción contenciosa que se desprenden del texto político.

Esta flexibilidad sin embargo, no puede alcanzar los niveles del modelo 2, pues aquí no se trata de identificar una destreza de especialización susceptible de justificar el conocimiento de uno u otro juez (civil o administrativo); la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa inequívocamente debe apuntar hacia una forma de “decir el derecho” que al diferir de la convencional,

va mas allá de los criterios de especialización que se manejan al interior de esta.

Esta forma particular de “decir el derecho” constituye consecuentemente la inquietud fundamental que debe caracterizar un estudio de jurisdicción contencioso administrativa que se estructura sobre este modelo. Una forma de decir el derecho que de ninguna manera se identifica (ni puede hacerlo) con los supuestos de una jurisdicción ordinaria (estructurada a través de criterios de especialización), pero tampoco con un modelo de jurisdicción desarrollado por la rama ejecutiva, máxime si alcanza características tan particulares como el caso francés, fruto de una realidad y un proceso histórico distinto.

Existe otro factor que debe considerarse y es la naturaleza consultiva que detenta la jurisdicción contencioso administrativo, al menos desde la perspectiva de su máximo órgano ³⁴⁴ ; de manera evidente se trata de un juez que a su vez es asesor del gobierno y un juez que su vez resuelve consultas de las distintas instancias públicas. Esta realidad le da una connotación particular al ejercicio de la función judicial, que de manera alguna constituye un rasgo de favoritismo, pero le atribuye unas características particulares al imperativo de la imparcialidad.

Esta no es una reflexión de poca monta si sintetizamos las cosas: los jueces de lo contencioso administrativo ejercitan funciones judiciales que implican una forma distinta de decir el derecho (en confrontación con la jurisdicción ordinaria) además de orientar comportamientos específicos del gobierno y en general de las instancias públicas. Si algo debe hacerse, frente a esta realidad, es establecer mecanismos capaces de propiciar la convivencia entre los imperativos de justicia e imparcialidad y un también llamado constitucional de “decir el derecho” de manera distinta cuando se trate de lo contencioso administrativo.

En lo que respecta al derecho aplicable, del mismo modo como se anunciaba en los modelos 1 y 3, existe una vocación clara hacia la correspondiente existencia de un derecho administrativo que constituya la herramienta de trabajo por excelencia del juez de lo contencioso administrativo. Esta vocación puede concebirse de una manera mas contundente en este modelo que en el 3, puesto que como hemos insistido, hay un llamado a “decir el derecho” de manera distinta de origen constitucional y una coherente manera de hacerlo es encontrar un referente jurídico positivo con características propias y con una lógica particular.

La mayor posibilidad de pasar de un juez civil a uno administrativo o de la

utilización de fuentes propias del derecho civil al derecho administrativo, resulta más clara en el modelo de control judicial referido en el 3; aquí por el contrario parecíamos estar en presencia de una más inminente identificación entre el juez administrativo y el derecho administrativo (entendido como subsistema normativo).

Esta realidad de manera alguna implica una identificación o ni siquiera una aproximación al papel del juez de lo contencioso administrativo del modelo 1. Hemos insistido en como en el modelo francés la tendencia jurisprudencial del derecho administrativo (llegándose inclusive a hablar de precedente judicial) obedece a razones históricas particulares como el ejercicio del control judicial de la administración pública en cabeza de ella misma, del todo ausentes en otros ordenamientos.

Pero más que esto, existe un factor de derecho positivo que en buena medida ha determinado el papel del juez de lo contencioso administrativo en el modelo francés; se trata justamente de la ausencia de un referente normativo formal (suplido por una argumentación de constitución material) que atribuya funciones judiciales al consejo de estado, razón que indiscutiblemente debe tenerse en cuenta cuandoquiera que se analicen los alcances del juez en este modelo de control.

El juez de lo contencioso administrativo en Francia, más que una posibilidad está forzado a reflexionar sobre la oportunidad del conocimiento de una controversia de parte suya, pero también de establecer unas reglas de juego (distintas al derecho común) que constituyen el derecho administrativo. En este modelo de control, como ya lo anunciábamos el primer aspecto resulta bastante limitado y el segundo si bien tiene una evidente procedencia, debiendo el juez “decir el derecho” de manera independiente, encuentra un significativo límite en el desarrollo de un subsistema normativo con características legisladas.

El juez de lo contencioso administrativo en este modelo de control tiene una importante vocación argumentativa que se sustenta a mas de la labor judicial en general, en el carácter independiente que detenta. Es un juez que aplica un derecho diferente al común (administrativo) y consecuentemente en él recae una importante función de fundamentación del mismo; esto sin embargo, puede significar un rompimiento contundente con la idea de la función judicial arraigada en un estado de manera específica.

En seguimiento de la metodología aplicada a este trabajo pasamos a identificar los aspectos más relevantes de este modelo (ideal), pensando en la realidad colombiana.

i. Se trata de un modelo, caracterizado por una amplia carga teórica y no fruto de una experiencia práctica específica. En buena medida constituye una atenuación del modelo de control judicial referido en el numeral 1, inspirada en la necesidad de identificar funciones judiciales propias de la rama judicial, cuando quiera que se piense en el control judicial de la administración pública.

ii. La existencia de una jurisdicción contencioso administrativa, implica en buena medida identificar un criterio de independencia que va mas allá de la especialización, con ocasión del llamado implícito a decir el derecho de manera independiente y distinta.

iii. El evidente ejercicio de funciones judiciales se combina con el ejercicio de funciones de asesoría y consultivas que dan lugar a tomar medidas dirigidas a armonizar la aparente fricción entre los imperativos constitucionales de justicia e imparcialidad por una parte y el carácter independiente en la forma de decir el derecho.

iv. El juez de lo contencioso administrativo de una jurisdicción independiente a la ordinaria, tiene una evidente restricción al momento de establecer si debe conocer o no de una controversia específica. Es el derecho positivo, el llamado a dar soluciones en este sentido.

v. Existe en este modelo de control judicial un llamado claro a la aplicación de un derecho que desde su perspectiva normativa tenga características distintas, es decir, un derecho administrativo. La aplicación de este subsistema normativo, implica una trascendental función argumentativa, que encuentra unos límites en el derecho positivo y en el carácter legislado que este puede tener.

5) Control judicial como complemento al control administrativo (la vía gubernativa)

El control judicial sobre la actuación administrativa tiene como complemento un control administrativo, es decir, un control que es desarrollado por la misma administración pública de manera previa y muchas veces constitutivo de requisito de procedibilidad para la posterior acción del aparato judicial.

Esta realidad, frecuente en distintos estados ³⁴⁵, adquiere diferentes características, dependiendo en buena medida, del tipo de control judicial que se verifique. No pretendemos aquí detenernos en las características del procedimiento administrativo, o la oposición a las decisiones administrativas en sede de la misma administración; tampoco pretendemos hacer una revisión sucinta de la denominada “vía gubernativa” en la realidad colombiana; tan sólo pretendemos hacer algunas reflexiones dirigidas a contribuir al posicionamiento de control judicial de la actuación administrativa instaurado en Colombia.

Hay un primer aspecto que consideramos aporta ideas trascendentales a la forma de control judicial de la actuación administrativa; se trata de la consideración del control administrativo como un requisito de procedibilidad del control judicial. Indiscutiblemente en esta hipótesis se genera una idea de duplicidad de controles, al verificar una instancia obligada de control desarrollado por la misma administración.

El ciudadano está obligado a discutir la legalidad de la actuación con la misma administración pública y ésta a su vez está obligada a revisar su comportamiento; la filosofía obligatoria del control, hace que este adquiera una connotación de controversia previa y necesaria para el desarrollo de una controversia más seria y profunda que será dirimida a través del ejercicio de funciones judiciales.

Atribuye una clara connotación litigiosa a la discusión presentada ante la administración, que puede resultar contraproducente para los intereses del ciudadano pero sobretodo para el desarrollo de la función administrativa. La revisión que hace la administración de su comportamiento termina adquiriendo una connotación exclusiva de legalidad, dejando de lado ideas propias del

control administrativo como la conveniencia y la oportunidad ³⁴⁶, en el marco de una actividad que se encuadra en un principio de legalidad que no es contrario a una también discrecionalidad de la administración pública.

Así mismo puede concebirse en muchas oportunidades como un aviso a la administración para que ésta comience a identificar distintas herramientas para “armarse” y dar una pelea coherente en una inminente controversia que se ventilará más adelante ante la autoridad judicial. En síntesis la idea de litigio aparece de manera anticipada y esto no es positivo ni negativo en sí mismo, sólo que en relación al ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa, ésta se inicia con una idea de litigio previamente estructurada y como una especie de “revancha” en consideración a una decisión previa que se ha adoptado por parte de la misma administración.

Se percibe un llamado de atención a las administraciones públicas para que atiendan la legalidad de sus actuaciones administrativas; esto puede generar una mayor madurez y exigencia de responsabilidad en el momento de expedir actos administrativos, pero también comporta una formalización excesiva en el proceder de la administración, que se preocupará más por el ajuste a la legalidad de su comportamiento, que por la conveniencia y oportunidad de sus manifestaciones que generan efectos en la sociedad. Desde esta perspectiva es un voto de confianza del legislador hacia la administración, confiando en ella la revisión de la legalidad de sus actuaciones.

Otro rasgo que sin lugar a dudas le atribuye una connotación de “litigio previo” es la promoción de este tipo de control por parte de los sujetos particulares afectados con el comportamiento de la administración pública; sea una colectividad abstracta o un individuo específico, son ellos quienes dan lugar a un efectivo control sobre la actuación administrativa desarrollado por la misma administración ³⁴⁷. Esta aparente falta de preocupación de la misma administración por su comportamiento, atribuye al control administrativo, una idea de mecanismo de protección que detentan los ciudadanos para defenderse de actuaciones que los involucran.

En este punto no se trata de cuestionar la fuerza normativa de las actuaciones administrativas, ni mucho menos la presunción de legalidad que detentan los singulares actos administrativos; simplemente de llamar la atención sobre la lógica de una instancia de control que por mas que se teorice sobre ella como una posibilidad para la administración de corregir actuaciones equivocadas,

termina configurándose como un efectivo litigio que desde la perspectiva del ciudadano inicia con la puesta en marcha de unos mecanismos de protección previstos por el legislador (recursos) y desde la perspectiva de la administración como la insatisfacción y cuestionamiento de su poder por parte de la ciudadanía.

Como antes lo insinuábamos, la naturaleza del control administrativo puede apreciarse de maneras diferentes, atendiendo los distintos modelos de control judicial de la administración pública. No resulta una misma esencia para este tipo de control en un modelo expuesto en el 1 que el modelo referido en el numeral 3.

Tratándose de un control desarrollado por la misma administración pública (1) vale la pena señalar que el que analizamos, solo podrá vislumbrarse en un ambiente de justicia delegada y no retenida. Las confusiones referidas entre control administrativo y control judicial ejercido por la misma administración pública, alcanzarían connotaciones aún más oscuras si atendemos una existencia simultánea de un control administrativo previo. En caso de presentarse, se percibiría en últimas como un problema de instancias de control.

Tratándose de una justicia delegada, la independencia del control administrativo previo es evidente y de manera indiscutible su existencia llamará la atención al cuidado que deben tener las administraciones públicas en el momento de actuar, así como en el momento de revisar sus decisiones, para evitar un control adverso del mas alto organismo de la administración pública a nivel nacional o territorial

348 .

Se configura entonces una hipótesis para permitir a las administraciones públicas identificar sus errores, pero también para entregar a los ciudadanos, unos mecanismos capaces de evitar un litigio efectivo que se desarrollará a través del ejercicio de funciones judiciales, aunque ejercidas por la misma administración. Será entonces responsabilidad de la administración pero también de los ciudadanos, percatarse de realidades atribuibles a las actuaciones administrativas, para evitar que estas sean verificables por parte de la instancia que ejercita el control judicial.

En el modelo 3 esta posibilidad adicional de revisión de la actuación administrativa no resulta tan clara ³⁴⁹ . Pues la idea ya presentada de repetición de contenciosos ante instancias distintas (administrativa y judicial) es más contundente, no existiendo esa unidad de producción y control administrativo.

De manera coloquial podría decirse que para un ciudadano es distinta una hipótesis de pelea frente a dos sujetos distintos, que frente a un solo sujeto con dos interlocutores; en el último caso se tratará de arreglar con el primer interlocutor para evitar el segundo, mientras que en el primero se intentará pelear con ambos.

Insistimos sin embargo, en el aspecto ya anotado de su connotación obligatoria u optativa. Sin lugar a dudas las características de los modelos de control pueden dar algunas ideas sobre la esencia de este control administrativo, pero lo que definitivamente le da una connotación contenciosa es su vocación obligatoria (requisito de procedibilidad en Colombia).

El control administrativo sería un cuestionamiento previo antes de ir a dónde un tercero que da la última palabra sobre el tema, pues se ventila una controversia. Puede pensarse en una idea contraria, pero el ejemplo del problema trabajador empleado, puede ratificar la idea.

B. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Como hemos tratado de indicarlo en el literal anterior, la originalidad del modelo colombiano de control judicial de la administración pública es bastante relativa³⁵⁰. Nuestro modelo de control judicial puede catalogarse como un “modelo impuro” considerando que su origen y formación no obedecen a un desarrollo coherente de una construcción jurídico institucional propia y autóctona, sino por el contrario se conforma a partir de la reproducción, adaptación e inclusive negación de modelos que se han construido a partir de unas bases históricas, políticas y jurídicas particulares.

Sin embargo, esta situación no puede llevarnos al entendimiento de nuestro modelo particular de control judicial de manera idéntica al francés, donde similitudes nominales e institucionales pueden confundir nuestra atención y perjudicar la imperiosa tarea de comprender los rasgos y las características principales de nuestro esquema de control³⁵¹. Las pasiones doctrinarias o la cercanía a escuelas específicas del pensamiento jurídico administrativo pueden provocar una visión sesgada o incompleta de una realidad constitucional.

Esta la justificación principal para desarrollar una aproximación a la formación histórica de nuestro actual modelo de control judicial de la administración pública, de manera que la realidad constitucional que nos arroja la Carta Política de 1991 podamos verla no solamente de manera aislada y en el marco institucional propuesto, sino como resultado y maduración de un modelo que está por cumplir cien años.

Si bien, se indica comúnmente como origen de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, la reforma constitucional de 1910 y el consecuente desarrollo legal de 1914 (Ley 6.^a), existen algunos desarrollos constitucionales anteriores que pueden suscitar algunas reflexiones que de una u otra manera pueden contribuir a la búsqueda de identidad de nuestro modelo de control judicial de la administración pública.

La existencia de un “consejo de estado” es verificable en términos históricos, con una fuerte inspiración bolivariana a inicios del siglo XIX. Bolívar con una indiscutible influencia francesa y particularmente napoleónica ³⁵² dio vía a esta institución en el modelo colombiano en la conocida como “Declaración de Angostura” (Dcto. del 30 de octubre de 1817) ³⁵³ . Inclusive como lo señala Manuel Urueta pueden existir antecedentes aún más remotos como la “Reforma del gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada” (15 de noviembre de 1815) en la que se creó un consejo de estado como respuesta coherente a la concentración de funciones públicas del poder ejecutivo ³⁵⁴ .

Sin embargo, compartimos la idea expuesta por Santofimio, consistente en la previsión de una eventual confusión terminológica que pueda demostrar una realidad histórica diferente ³⁵⁵ . La concepción consultiva es indiscutible antes que jurisdiccional de los consejos de estado que de manera intermitente consagraron las constituciones políticas colombianas del siglo XIX ³⁵⁶ ; la realidad jurisdiccional que adquiere esta institución en la historia colombiana encuentra un vínculo práctico indiscutible a partir de la reforma constitucional de 1910 y su consecuente desarrollo legislativo de 1914.

Esta situación que de manera alguna implica una creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia en el siglo XIX, ofrece una coincidencia con la evolución histórica francesa y es el origen del consejo de estado, hoy órgano supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en uno y otro ordenamiento, como un órgano que paulatinamente irá adquiriendo funciones judiciales y si bien este proceso puede concebirse de manera más paulatina en el ordenamiento francés, la plena madurez de una jurisdicción de lo contencioso administrativo en Francia sólo se adquiere hasta 1889 (fallo Cadot), fecha no muy distante de las innovaciones judicialistas del consejo de estado “a la colombiana”.

Esta transición de una justicia administrativa retenida a una delegada pero sobre todo de una justicia administrativa difusa (desarrollada por distintos órganos administrativos) a una concentrada (consejo de estado y tribunales administrativos) en Francia, puede encontrar en el modelo colombiano algunas similitudes, en constituciones políticas del siglo XIX, principalmente aquellas con tinte conservador.

En la constitución política de la República de la Nueva Granada de 1843 se establece dentro de las atribuciones del poder ejecutivo (art. 101) “cumplir y

ejecutar, y hacer que se cumplan y ejecuten por sus agentes y por los empleados que le están directamente subordinados, la Constitución y las leyes en la parte que les corresponde” (num. 2) y, “Cuidar que los demás empleados públicos que no le están directamente subordinados las cumplan y ejecuten, y las hagan cumplir y ejecutar en la parte que les corresponde; requiriéndoles al efecto, o a las autoridades competentes para que les exijan la responsabilidad, si no las cumplen y ejecutan” (num. 3).

Se presenta un llamado importante al “autocontrol” de la administración pública o rama ejecutiva, que aunque aparezca de manera complementaria a algunas funciones de los jueces sobre la materia, pueden dar una idea de una evolución bastante conservadora, pero que demuestra preocupación por la división de los poderes públicos.

En este mismo texto político en materia territorial puede confirmarse la anterior idea, cuando quiera que se analizan las funciones de los gobernadores (art. 133):

Los gobernadores son también jefes políticos de sus respectivas provincias, como tales deben cumplir y hacer cumplir por los que le están subordinados, la Constitución y Leyes en la parte que les corresponda; y cuidar que los empleados que no les están directamente subordinados las cumplan y ejecuten.

Esta no es una constante en la evolución constitucional del siglo XIX, pero como indicábamos, puede ser una muestra de una lectura similar a aquella francesa en materia de control judicial de la administración pública. En este siglo, también pueden verificarse adicionalmente algunas muestras de “control político” o del Congreso de la República sobre las decisiones administrativas, de manera similar a como ha sido desarrollado en el modelo inglés.

En el artículo 162 de la constitución política del Estado de Nueva Granada de 1832 se señala:

El Congreso tiene la facultad de anular todos los actos y resoluciones de las cámaras de provincia [...] el poder ejecutivo tiene la de suspenderlos en los casos

que sean contrarios a la Constitución o las Leyes, o que no estén dentro de sus facultades; pero dará cuenta al próximo Congreso para su resolución definitiva; y el gobernador de la provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos, pero dando aviso sin demora al Presidente de la República para ejecutar lo que por este se resuelva.

Estos ejemplos de un control “no muy delegado” y “no muy concentrado” se insertan en un ambiente “judicialista” en el que la inexistencia de un cuerpo específico encargado del control judicial de lo contencioso administrativo hace que dicho control se desarrolle de manera conjunta no muy delimitada y no muy clara por instancias judiciales, administrativas y legislativas. Realidad ésta que va a ser afrontada y sutilmente modificada a partir de la Constitución de 1886 y sus reformas posteriores.

En efecto, el constituyente de 1886 consagró a más de las funciones consultivas pre-existentes para el consejo de estado, la función de supremo órgano de lo contencioso administrativo, dejando sin embargo la facultad de crearlo al Congreso de la República ³⁵⁷ . Sin embargo esta connotación facultativa no debe hacer perder de vista la importancia de esta creación constitucional, en la que aun antes de la consolidación absoluta de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Francia (1889), se establece en el orden constitucional colombiano esta importante función atribuida a un órgano independiente o distinto de la jurisdicción ordinaria, concentrando también funciones que al igual que en Francia parecieran haberse presentado de manera difusa; al menos en algunos períodos históricos ³⁵⁸ .

Aquello que era facultativo en el texto político de 1886 se vuelve obligatorio a partir de la reforma constitucional de 1910 (art. 42 Acto Legislativo 3), es decir, que sobreviene un mandato inequívoco de la Constitución, para que sea el legislador quien desarrolle la configuración de una efectiva jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este ahora mandato es desarrollado por la Ley 130 de 1913, así como por la Ley Orgánica del Consejo o Ley 6.^a de 1914 ³⁵⁹ .

Establecía el artículo 1.º de la Ley 130 de 1913: “La jurisdicción contencioso administrativa, tiene por objeto la revisión de los actos de las Corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general o de

las personas que se sientan vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley”. Por su parte en el artículo 2.º se establecía: “esta jurisdicción se ejerce por el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo”.

La redacción del texto normativo, pero aún más las discusiones desarrolladas con ocasión de esta ley, nos muestran de manera inequívoca, la necesidad de concentrar el control judicial de la administración pública en un órgano independiente en relación con la jurisdicción ordinaria –e inclusive de la rama judicial–, capaz de poner fin de manera definitiva a la dispersión de controles que habían existido en la experiencia colombiana.

Percibimos entonces, como lo intuíamos en el primer capítulo de este libro, más que el surgimiento de una especialización de la jurisdicción existente, el nacimiento de una nueva jurisdicción, es decir, un órgano independiente en su forma de “decir el derecho”, fundada en la necesidad de separar la función administrativa de la función judicial, en la separación de los poderes públicos y con una fuerte influencia de aquello que sucedía en Francia, con un ingrediente adicional y novedoso: la necesaria pertenencia de esta nueva jurisdicción (independiente) a la rama judicial ³⁶⁰ .

La influencia francesa y de autores concretos como Barthelemy se hace evidente en distintas instancias de la discusión legislativa que dio lugar a la ya mencionada Ley 130 de 1913, nos permitimos transcribir algunos extractos que pueden ser de interés:

Quiere esto decir que la jurisdicción a que nos referimos se funda en el principio de la separación de los poderes públicos. Más concretamente: la jurisdicción contencioso administrativa (encuentra) su fundamento esencial en la separación, en la independencia que debe haber entre la rama administrativa y la rama judicial del poder público. Y como la Constitución que hoy rige en Colombia, de igual manera que todas las que han regido durante nuestra vida de nación independiente, consagra el principio de dicha separación de poderes, es claro que se (piense) el establecer la jurisdicción de que se trata para asegurar y garantizar el derecho individual.

Los tribunales judiciales no pueden conocer de los litigios que se suscitan entre los actos de autoridad de la administración (H. Barthelemy. Droit administratif). Es anormal y contrario a la noción que tenemos de la administración y de la justicia administrativa, (el que) la autoridad judicial resuelva los conflictos que surjan de los mandatos o disposiciones de la autoridad administrativa ³⁶¹ .

Si bien verificamos en estos extractos una marcada influencia francesa, dirigida a la necesaria independencia del órgano encargado de ejercer la jurisdicción contencioso administrativa, encontramos también una posición no muy clara sobre la pertenencia a la rama judicial del aparato de lo contencioso administrativo como una de las características del modelo de control colombiano. Una aparente claridad sobre este aspecto, así como un desarrollo sobre el preexistente modelo difuso de control judicial y algunos riesgos propios de esta situación anterior, creemos encontrarla en otro extracto que nos permitimos transcribir:

No es de hoy, ha sido de todos los tiempos en Colombia, una justicia sui generis impartida por las autoridades administrativas. La práctica es que de nada sirve alegar la ley: hay algo más provechoso, más útil: es el poder de la intriga, de la influencia, como se suele decir desvergonzadamente aun para cohonestar criminales tráfico comerciales; es la buena amistad, la simpatía y en ocasiones el temor que se sepa inspirara un Prefecto, a un Gobernador, a un Ministro, o al Jefe de la respectiva sección ministerial. No es un abogado probo e ilustrado el que nos presenta mejor servicio en nuestras querellas administrativas: es el más intrigante, el más maestro en el arte de la adulación y las zalemas, el más paciente para las antesalas desesperantes, el más hábil para la combinación de farsas inmorales con que sea posible apropiarse de lo ajeno.

Todo esto que es malo y muy malo, encontrará un correctivo eficaz con el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Es necesario que tengamos jueces a quienes podamos quejarnos con confianza en nombre de la ley. Que no sea un apellido ilustre, muchas veces malamente llevado, lo que valga como argumento supremo en una causa en que se disputa sobre el derecho

igual para todos los colombianos. Que no sea nuestra condición social o política lo que refuerce nuestras querellas con la administración pública. Que no sea el temor el que vaya a inspirar una decisión que sólo debe inspirarse en el respeto de la justicia. Que la ley tenga la plenitud de su imperio ³⁶² .

De manera independiente entonces a la influencia extranjera que es real en la creación de nuestro modelo de control judicial, surge una jurisdicción de lo contencioso administrativo como un mecanismo capaz de garantizar los derechos de los individuos, frente al reconocido ejercicio de autoridad por parte de la administración pública ³⁶³ . Una jurisdicción que debe ser distinta de la ordinaria, por la esencia particular de los temas que analiza, no por el carácter especializado de algunos temas, que deben ser decididos a partir de tradicionales consideraciones jurídicas entre iguales; hay pues una marcada influencia de la construcción teórica de las prerrogativas públicas en la creación de nuestro modelo de control judicial de la administración pública.

Esta tendencia y consideración teórica de nuestra jurisdicción de lo contencioso administrativo va a traer como consecuencia que la atención se centre en el control judicial del acto administrativo y no en otras instituciones jurídico administrativas como el hecho, la omisión, la operación y el contrato administrativo. Consecuente con esta situación, Santofimio denomina la etapa entre 1914 y 1964 “mixta” ³⁶⁴ por estar conformada por una parte de jurisdicción de lo contencioso administrativo y otra de la jurisdicción ordinaria quien continuaba conociendo de litigios de responsabilidad contractual y extracontractual del estado, función esta que será asumida definitivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo con la expedición del Decreto 528 de 1964.

La asunción por parte del contencioso administrativo de materias como la responsabilidad contractual y la extracontractual constituyen un importante avance teórico de nuestro modelo de control judicial, pues implica una superación al vínculo aparente a inicios de siglo entre jurisdicción contenciosa y actos administrativos y aún más entre jurisdicción contenciosa y prerrogativas públicas. La fuerza de construcciones teleológicas y principalmente de la concepción teórica del servicio público traen consigo un ingrediente adicional a la naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa “a la colombiana” que ya no se soportará únicamente en consideraciones de autoridad sino también de

finalidades propias del estado.

En 1945 (Acto Legislativo 1) se realiza una nueva reforma, en este caso estructural al consejo de estado, donde se modifica el nombramiento de los consejeros, se le atribuyen algunas funciones a los ministros, pero principalmente se le atribuyen las funciones de conocimiento de los juicios de inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el presidente de la república que no fueran de conocimiento de la corte suprema de justicia, y la capacidad de suspender provisionalmente actos administrativos ³⁶⁵ .

Finalmente, en relación con lo prescrito al respecto por la Constitución Política de 1991, se debe señalar que no se presenta una transformación de fondo en el modelo de control judicial de la administración pública colombiano, con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991. Los lineamientos continúan siendo los mismos y se introdujeron algunas consideraciones formales que pocas repercusiones ofrecen en el enfoque que pretendemos dar en este trabajo.

Desde una perspectiva sistemática resulta interesante la continuación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el marco de la rama judicial, entendida como una jurisdicción distinta a aquella constitucional, ordinaria y especiales. Se continúa una tendencia evolutiva de considerar el contencioso administrativo como una jurisdicción distinta y no como una especialización, fundada en aspectos materiales de la jurisdicción ordinaria.

La paridad entre las jurisdicciones ordinaria, constitucional y contencioso, pareciera ser una realidad al menos desde una perspectiva formal, pues se presenta en el artículo 232 una identidad en los requisitos para ser elegido magistrado de la corte suprema, la corte constitucional y el consejo de estado y en el 233 se establece un mismo período temporal y unas mismas condiciones para todos.

Los temas más discutidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fueron el de la competencia residual en materia de control de constitucionalidad y el de la suspensión provisional de los actos, ambos aspectos introducidos en la reforma de 1945 y que quedaron intactos en el nuevo texto político ³⁶⁶ .

Una verdadera novedad la constituye el conocimiento de temas electorales, aspecto bastante discutido en la evolución institucional de nuestro país, al establecer en el numeral 5 del artículo 237 dentro de las funciones del consejo de

estado: “conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley”.

Un aspecto de fondo que fue discutido en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fue el de una eventual reforma al modelo de justicia administrativa inspirado en el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente de las violaciones a los intereses legítimos y derechos subjetivos de los ciudadanos ³⁶⁷. Esta realidad propia del ordenamiento jurídico italiano, como lo señalábamos en el primer capítulo de este libro es una creación original de este país, consistente en la división entre derechos subjetivos e intereses legítimos.

Lejos de la atracción que pueda ofrecernos una construcción teórica como esta, encontramos en un eventual cambio en este sentido, un rompimiento con una tradición jurisdiccional de lo contencioso administrativo que ofrece elementos propios, pero que se ha fundado al igual que otros ordenamientos, en la garantía de los derechos individuales y en la necesidad de la separación de estas funciones judiciales a las autoridades corrientes y la consecuente creación de unos órganos de lo contencioso administrativo con claras funciones judiciales, pero también con una vocación de independencia.

Conclusión. Dificultades de identificación del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el contexto de unos fundamentos de derecho administrativo.

La peculiaridad que representa en términos comparados el tener una jurisdicción de lo contencioso administrativo se hace más evidente en un caso como el colombiano, donde ésta detenta unas particularidades que demandan un análisis aún más específico. Sin duda el modelo colombiano de justicia administrativa ha optado por la instauración de una jurisdicción de lo contencioso administrativo a imagen de la francesa, pero con unos rasgos adicionales de producción nacional, tales como su pertenencia a la rama judicial por la confianza que históricamente han representado los jueces y la independencia propia de ellos, así como la existencia de un objeto disímil y con no pocas variaciones.

En Francia ha existido una intensa relación entre el objeto de la jurisdicción de

lo contencioso administrativo y el objeto del derecho administrativo; en primer lugar, porque en términos históricos se necesitó de la primera para el nacimiento y consolidación de lo segundo; en segundo lugar, porque como consecuencia de lo anterior, las principales bases y contenidos generales del derecho administrativo han sido de creación jurisprudencial; y en tercer y último lugar, porque al no haber existido un referente constitucional que diera forma y contenido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le tocó a ella misma encontrarlo y para ello, en buena medida se basó en las construcciones teóricas y doctrinarias que daban nota de su existencia, así como de un derecho administrativo de manera simultánea.

Consideramos de máxima importancia este último aspecto como referente para la comprensión de nuestro modelo, toda vez que nuestra jurisdicción de lo contencioso administrativo nació a partir de la Constitución Política, y al haber guardado silencio ésta, durante toda la historia de aquella sobre su naturaleza y objeto le ha correspondido y le corresponde por excelencia a la ley hacer relación a ello.

De aquí la importancia que guarda en un modelo como el colombiano la disposición relativa a la delimitación de su competencia (cláusula general de competencia), porque sin necesidad de entrar a revisar, una a una las competencias asignadas a los distintos órdenes que componen nuestra jurisdicción (consejo de estado, tribunales administrativos y jueces administrativos), el análisis de aquella disposición donde se enmarque el conocimiento general de una jurisdicción distinta y especial en consideración a la ordinaria, sin duda alguna constituirá el punto de referencia conceptual para la comprensión de la misma, y por ende para la identificación de su relación con el derecho administrativo, que es el aspecto más importante en el contexto de la presente obra.

Ya se hizo alusión a que con la expedición de la Ley 130 de 1913 se circunscribió el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al conocimiento de aspectos relativos a los actos administrativos, tanto en lo que respectaba al juicio objetivo de legalidad sobre los mismos, así como sobre la eventual indemnización de perjuicios que pudiera resultar en términos subjetivos, con ocasión de la declaratoria de ilegalidad de ellos. Se estableció en el artículo 1.º de esta Ley:

La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o en pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley.

Por su parte, la Ley 167 de 1941 no hizo alusión en ninguna disposición a una cláusula general de competencia, lo que fuerza a la revisión de las singulares funciones del Consejo de Estado (art. 34), de los Tribunales Administrativos (art. 52), pero más específicamente, de las normas sobre los juicios contra los actos administrativos (arts. 62 y ss.), así como al ya mencionado artículo 85 que previó la posibilidad de alegar perjuicios causados, no solamente contra actos administrativos, sino también, con ocasión de la ocurrencia de hechos y operaciones administrativas ³⁶⁸.

Con esta lógica se comenzó un proceso a través del cual se amplió el conocimiento tradicional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual ya no solamente iba a conocer de juicios objetivos de legalidad contra actos administrativos, y de perjuicios ocasionados con ocasión de lo anterior, sino también de perjuicios originados en la ocurrencia de hechos administrativos y la constatación de operaciones administrativas. Este proceso alcanzó solidez con la delimitación de funciones entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa al respecto, que venía sugiriéndose por vía jurisprudencial, pero que encontró recibo en el derecho positivo, con la expedición del Decreto 528 de 1964 ³⁶⁹.

Este instrumento normativo que fue un Decreto con fuerza de ley que introdujo cambios en la repartición de competencias en los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dispuso expresamente una nueva composición de las competencias del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos (arts. 30 y 32 respectivamente) dentro de las que vale llamar la atención a las relativas a los contratos administrativos y la responsabilidad extracontractual de la administración (unos y otros predicables de administraciones públicas del orden nacional y territorial). Así mismo, y esto resulta el aspecto más importante, contempló una cláusula general de competencia (art. 20) donde expresamente se dispuso:

La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 73 de la Ley 167 de 1941 ³⁷⁰ .

El Decreto 01 de 1984 estableció ya con claridad una cláusula general de competencia, en su artículo 82, de la que derivará un cambio trascendental en el proceso evolutivo del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y la ley.

La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario.

Como se observa, se deja atrás, con toda claridad la idea de que las actuaciones administrativas comprometidas se predicen de las entidades administrativas, y se hace alusión a un concepto más amplio que es el de entidad pública. Adicional a lo anterior, se establece la posibilidad de que acciones de los particulares puedan ser también sometidas a conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que éstas sean en ejercicio de la “función pública”.

Sin lugar a dudas, los cambios sufridos por el derecho administrativo consistentes en la insuficiencia de esta disciplina en encontrar soporte en un

criterio orgánico, y la necesidad de aproximarse a criterios materiales, anotados a lo largo de este libro, fueron también de recibo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no va a conocer más de asuntos relativos a las administraciones públicas (en un sentido formal) sino en general de las entidades públicas, e inclusive de los particulares, cuando quiera que estos ejerzan funciones públicas.

Vale la pena señalar que probablemente se produjo una irregularidad técnica en el sentido de denominar la “función pública” antes que “administrativa” de los particulares, ya que si esta última podía ser comprendida como una especie de la primera en los términos señalados en el capítulo 2 de esta obra, se llegaba al absurdo de comprender que mientras en el caso de las entidades públicas se debía constatar el ejercicio de función administrativa (toda vez que el objeto de la jurisdicción se concentraba en actos y hechos administrativos), para los particulares era una situación más amplia, por tratarse de una “función pública”.

Por su parte, esta disposición ha sufrido tres cambios, a los cuales se hace referencia a continuación.

El artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 dejó así el artículo 82 del Decreto 01 de 1984:

Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley.

Esta Jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la

Ley.

Esta disposición introdujo el concepto de “litigios administrativos” lo cual significó la continuidad de la concepción del Decreto 01 de 1984 en relación con un criterio material como delimitador de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si bien de lo anterior se derivaría de manera inequívoca la connotación de “administrativo” y no de “público”, de manera aún más evidente se hizo alusión expresa al concepto de “función administrativa”, lo que de conformidad con lo arriba señalado significó en nuestra opinión una mejor precisión terminológica.

El artículo 30 de la Ley 446 de 1998 introdujo, por su parte, otro cambio al respecto:

Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos

Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

En esta disposición se mantuvo la idea material así como la expresión litigios administrativos, pero se modificó la expresión función administrativa para el caso de los particulares, por la de “funciones propias de los órganos del estado”. Este cambio en términos generales debería suponer una ampliación al ámbito de los particulares, pero en nuestra opinión no es más que un rezago orgánico de una visión de lo “administrativo” circunscrito a la rama ejecutiva del poder público. Obviamente no podría comprenderse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzgando ejercicio de función legislativa por parte de particulares –lo cual es inviable en términos constitucionales–, ni el ejercicio de funciones judiciales por parte de los mismos (este aspecto si bien es viable excepcionalmente, no podría ser objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aun si se revisa en detalle la naturaleza y esencia del recurso de anulación contra laudos arbitrales).

Finalmente se introdujo una reforma al mismo artículo, con la expedición de la Ley 1107 de 2006, lo cual significó un cambio sustancial del argumento que se analiza. La disposición en comento quedó así:

Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones

proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

Sin vacilación alguna, y con una exposición de motivos que en algunos apartes raya en lo absurdo ³⁷¹, si bien se mantuvo la idea de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa a controversias en que resultaran involucrados los particulares que ejerzan funciones propias de los órganos del estado, se circunscribió la expresión “litigios administrativos” a conflictos en los que hicieran parte “entidades públicas” y sociedades de economía mixta con participación accionaria pública superior al 50% ³⁷².

Como consecuencia de este cambio, resulta fundamental advertir la naturaleza pública de un sujeto de derecho, para con base en ello determinar si se está en frente de un litigio administrativo y, como consecuencia, advertir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La razón principal del cambio, se señaló, consistía en las dificultades de concebir de manera inequívoca el concepto de “función administrativa” que caracterizaba a los litigios administrativos, y la “facilidad” que representaba, en cambio, la adopción de un criterio orgánico. Si bien no creemos que esto sea así ³⁷³, lo cierto es que desde una perspectiva conceptual, para solucionar problemas específicos de conflictos de competencias se introdujo un cambio en la norma legal, que según lo indicado, da naturaleza y razón de ser a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuanto determina en términos generales su objeto.

De este breve recorrido por el desarrollo legal del objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia se puede señalar que si algo no ha existido es uniformidad conceptual en la comprensión del mismo. Esta situación per se no comporta una crítica negativa, toda vez que resulta razonable que nuestra jurisdicción se adapte a no pocos cambios que el fenómeno administrativo ha sufrido en los casi cien años de existencia de ella.

En este sentido, advertimos, que en un principio se concibió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como un estamento jurisdiccional que debía resolver controversias relativas a actos administrativos ³⁷⁴, tanto de naturaleza de

legalidad objetiva, como de perjuicios provocados por la ilegalidad eventual de estos. Luego, lo relativo a la responsabilidad patrimonial del estado condujo a una ampliación del objeto de la jurisdicción que comprendía también a contratos administrativos y daños producidos por acontecimientos involuntarios de las administraciones públicas.

En esta primera época, de 1913 a 1884, si bien se hacía alusión a específicas acciones administrativas –actos, hechos, omisiones– existía una coincidencia entre lo material y lo orgánico, que en buena medida guarda esta misma coincidencia a propósito del derecho administrativo, aunque un poco más tardía.

Los mismos cambios que forzaron el seguimiento de criterios materiales para el derecho administrativo sirvieron entonces para producir un cambio, también material en el seno de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta visión material tuvo sutiles modificaciones, que oscilaron siempre en torno al concepto de “función administrativa” (al igual que el derecho administrativo).

Sin embargo, esta evolución sufrió una modificación abrupta en época reciente, como consecuencia de la adopción de un criterio orgánico, que de manera independiente al juicio de conveniencia que represente ³⁷⁵ supuso un cambio que no se constató, ni se constatará en nuestra opinión, en el derecho administrativo.

El actual estado de cosas, tal y como se ha hecho manifiesto a lo largo de este texto, supone una materialidad en la comprensión del derecho administrativo de nuestros días, que puede ser acorde o no con la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En buena parte de la historia de esta, pareciera evidenciarse esa concordancia, aunque en el presente no; o se trata de un infortunado y descontextualizado cambio normativo, o de una tendencia de distanciamiento evidente entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el derecho administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

Alessi, Renato. Principi di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1966.

Alessi, Renato. Sistema istituzionale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1960.

Amato, Giuliano y Augusto Barbera. Manuale di diritto pubblico, Bologna, IL Mulino, 1994.

Arboleda, Gustavo. Anotaciones sobre derecho político administrativo comparado, Cali, Imprenta Departamental, 1934.

Argüello, Alcibiades y Luis Buenahora. Derecho administrativo colombiano, Bogotá, Taller de Ediciones Colombia, 1927.

Battaglia, Felice. Scritti di teoria dello Stato, Milano, Giuffrè, 1939.

Bognetti, Giovanni. La divisione dei poteri, Milano, Giuffrè, 2001.

Bradley, A .W. y K. D. Ewing. Constitutional and administrative law, London, Longman, 1997.

Braibant, Guy y Bernard Stirn. Le droit administratif français, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1999.

Bullinger, Martin. “El service public francés y la deseinsvorsorge en Alemania”, Revista de Administración Pública, n.o 166, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

Burdeau, Françoise. Histoire du droit administratif, Paris, PUF, 1995.

Burdeau, Georges. Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1974.

Caia, Giuseppe. “Funzione pubblica e servizio pubblico”, en Diritto amministrativo, L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A Roversi Monaco y F.G. Scoca (eds.), Diritto amministrativo, Bologna, Monduzzi, 1993.

Cane, Peter. An introduction to administrative law, Oxford,

Clarendon, 1996.

Caporal, Stephane. L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la revolution française, Paris, Economica, 1995.

Caretti, Paolo y Ugo de Siervo. Istituzioni di diritto pubblico, Torino, Giappichelli, 2002.

Cartei, Gianfranco. "IL servizio universale", Revista de Administración Pública, n.o 167, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2005.

Cartei, Gianfranco y Gianluca Gardini. "La tutela del interés legítimo en el ordenamiento italiano: nuevas perspectivas para el ciudadano", Revista de Administración Pública, n.o 167, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2005.

Cassese, Sabino (ed.). Tendenze recenti della riforma amministrativa in Europa, Bologna, IL Mulino, 1989.

Cassese, Sabino. Le basi del diritto amministrativo, Milano, Garzanti, 1995.

Cassese, Sabino. Modernizzare l'amministrazione pubblica, Presentación, Bologna, SPISA Univerità di Bologna, 2000.

Cassese, Sabino. Trattato di diritto amministrativo generale, ts. 1 y 2, Milano, Giuffrè, 2000.

Cerri, Augusto. Eguaglianza (principio costituzionale di), Enciclopedia giuridica Treccani, 1995.

Conseil d'État. Rapport public 1999, L'intérêt general, Paris, La documentation française, 1999.

Cumper, Peter. Constitutional & administrative law, Nottingham, Blackstone Press Limited, 1998.

Chapus, René. Droit Administratif Général, t. 1, Paris, Montchrestien, 2001.

Chevalier, Georges. Les critères de la distinction du droit privé e du droit public dans la pensée savante médiévale, Paris, Sirey, 1965.

Dareste, Rodolphe. La justice administrative en France, Paris, Larose, 1898.

De Corail, J. L. “L’approche fonctionnelle du service public: Sa réalité et ses limites”, AJDA, numero especial, Paris, Dalloz, 1997.

De Laubadère, André; Jean Claude Venezia y Yves Gaudemet. Traité de droit administratif, Paris, LGDJ, 1994.

De Rugero. Storia del liberalismo europeo, Roma, Laterza, 1995.

Dicey, Albert. An introduction to the study of the law of the constitution, London, St.Martin’s Press, 1967.

Durand, Charles. Etudes sur le Conseil d’Etat napoléonien, Paris, PUF, 1949.

Forsthoff, Ernest. Tratado de derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

Forsthoff, Ernest. “Concetto e natura dello stato sociale di diritto”, Stato di diritto in trasformazione, Milano, Giuffrè, 1973.

Almirante y L. Reigert, traducción de Rechtsstaat in wadel, Stuttgart, Kohlhammer, 1964.

Forsthoff, Ernest. Traité de droit administratif allemand, Michel Fromont (trad.), Brucellas, Établissements Émile Buylant, 1979.

Foulkes, David. Administrative law, London, Butterworths, 1995.

Franchini, Claudio. “L’organizzazione”, en Trattato di diritto amministrativo, Sabino Cassese (ed.), 2.a ed., t. 1, Milano, Giuffrè, 2003.

Frier, Pierre Laurent y Jacques Petit. Précis de droit administratif, Paris, Motchrestien, 2006.

Gallego Anabitarte, Alfredo. “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración”, Revista de administración pública, n.o 34, Madrid, Centro de estudios constitucionales y políticos, 1961.

Galligan, D. J. Administrative law, Oxford, University Press, 1996.

García de Enterría, Eduardo. La lengua de los derechos. En la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa, Madrid, Alianza, 1994.

García Pelayo. Introducción a la obra de Wade Derecho administrativo, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1971.

Garrido Falla, Fernando. “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, Revista de Administración Pública, n.º 11, Madrid, 1953.

Garrido Falla, Fernando. Tratado de derecho administrativo, ts. 1 y 2, Madrid, Tecnos, 1994.

Gaudemet, Yves. Droit Administratif, Paris, LGDJ, 2005.

Giannini, Massimo Severo. “Profili storici della scienza del diritto amministrativo”, Testo della procluzione del corso ufficiale di diritto amministrativo dell’Università di Sassari, 1940.

Giannini, Massimo Severo. “L’amministrazione pubblica dello stato contemporaneo”, en Trattato di diritto amministrativo diretto da Giuseppe Santaniello, vol. 1, Padova, Cedam, 1988.

Giannini, Massimo Severo. Diritto amministrativo, t. 2, Milano, Giuffrè, 1993.

Giannini, Massimo Severo. Diritto pubblico dell'economia, Bologna, IL Mulino, 1995.

Gil Botero, Enrique. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial”, Revista digital de derecho administrativo, n.o 3, 2009, [www.uexternado.edu.co].

Gohin, Oliver. Contentieux administratif, Paris, Litec, 1999.

Golembiewsky, Robert T. “El comportamiento y la teoría de la organización en el sector público: perspectivas de los problemas molestos y del progreso real”, en Administración pública. El estado actual de la disciplina, Naomi B. Lynn y Aaron Wildavsky (comps.), México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1999.

González Pérez, Jesús. Manual de derecho procesal administrativo, Madrid, Civitas, 1992.

Goyard Fabre, Simon. “L’egalité des droits en 1789. Un revé d’impossible sur un horizon d’esperance”, en Egalité, AA.VV., Roma, Ferrari Postigliola, 1990.

Grifith, J. A. G. y H. Street. Principles of administrative law, London, Sir. Isaac Pitman & Sons Ltda., 1952.

Hauriou, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public, 10.a ed., Paris, Sirey, 1921.

Hauriou, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public, 12 ed., Paris, Dalloz, 2002.

Hernández Becerra, Augusto. Las ideas políticas en la historia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Irti, Natalino. L’ordine giuridico del mercato, Roma, Laterza, 1998.

Jèze, Gaston. Principios generales del derecho administrativo, t. 1, Buenos Aires, De Palma, 1948.

Jèze, Gaston. Les principes généraux du droit administratif, ts. 1 y 2, 10.a ed., Paris, Dalloz, 2004.

Kessler, Christine. Le Conseil d'État, Paris, Armand Colin, 1968.

Leyland, Peter y Terry Woods. Administrative law, Oxford, University Press, 2002.

Long, M.; P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé y B. Genevois. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 2004.

Luciani, Massimo. “Sui diritti sociali”, en Studi in onore di Manlio Mazzioni di Celso, AA.VV., Padua, Cedam, 1995.

Malagón, Miguel. Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Marchetti, Barbara. Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti, Padova, Cedam, 2005.

Martin-Retortillo Baquer, Lorenzo. “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de deseinsvorsorge”, Revista de administración pública, n.o 38, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1962.

Mattarella, Bernardo Giorgio. “L’Attività”, en Diritto amministrativo Generale, Sabino Cassese (ed.), t. 1, Milano, Giuffrè, 2000.

Mazzarolli, L.; G. Pericu, A. Romano, F.A Roversi Monaco y F.G. Scoca (eds.), Diritto amministrativo, t. 2, Bologna, Monduzzi, 1993.

Mceldowney, John F. Public Law, London, Sweet & Maxwell, 1998.

Melin-Soucramanien, Ferdinand. Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Paris, Economica, 1992.

Merkel, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

Mestre, Jean Louis. Introduction historique au droit

administratif, Paris, PUF, 1985.

Montaña, Alberto. “El concepto de administración pública en el derecho comunitario”, Revista de Derecho del Estado, n.o 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Montaña, Alberto. “Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de los servicios públicos”, Revista Contexto, n.o 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Montaña, Alberto. “Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de Colombia”, Revista de Derecho del Estado, n.o 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Montaña, Alberto. “El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios. Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración a su destinación”, en IV Jornadas de derecho constitucional y administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Montaña, Alberto. “Los servicios públicos domiciliarios como instrumento del estado social de derecho. Desarrollo jurisprudencial”, en Anuario de jurisprudencia Constitucional,

Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Montaña, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, 2.a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Montaña, Alberto. Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, t. 36, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, Luis Villar Borda (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Montaña, Alberto. “La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas de las empresas de servicios públicos mixtas”, Revista digital de derecho administrativo, n.o 3, 2009, [www.uexternado.edu.co].

Moreau, Jacques. Droit Public, t. 2, Paris, Economica, 1995.

Moreno, Luis Ferney. Servicios públicos domiciliarios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Morelli, Sandra. La revolución francesa y la administración territorial en Colombia. Perspectivas comparadas, Bogotá,

Universidad Externado de Colombia, 1991.

Nieto, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, Madrid, Tecnos, 2008.

Nigro, Mario. Giustizia amministrativa, Bologna, Il Mulino, 2000.

Orlando, Vittorio Emanuele (ed.). Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, Milano, Società Editrice Libreria, 1900.

Parada, Ramon. Derecho Administrativo, Parte General, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 1994.

Parejo Alfonso, L.; A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez. Manual de derecho administrativo, vol. 1, Barcelona, Ariel, 1998.

Pérez, Francisco de P. Elementos de derecho administrativo, Bogotá, Imprenta Rústica, 1928.

Pizzorusso, Alessandro. Istituzioni di diritto pubblico, Napoli, Jovene, 1997.

Pontier, Jean Marie. Les services publics, Paris, Hachette, 1996.

Ramelli, Alejandro. “La acción de cumplimiento”, Revista de Derecho del Estado, n.o 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

República de Colombia. Archivo del Congreso Leyes de 1913, t. xiv, Imprenta Nacional, 1913.

República de Colombia. Gaceta constitucional, 9 de abril; 15, 16, 27 y 29 de mayo de 1991.

Restrepo Piedrahita, Carlos (comp.). Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Rojas Arbeláez, Gabriel. El espíritu del derecho administrativo, Bogotá, Temis, 1972.

Rincón, Jorge Iván. Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Rolland, Louis. Précis de droit administratif, 9.a ed., Paris, Dalloz, 1947.

Rivero, Jean y Jean Waline. Droit administratif, Paris, Dalloz, 1996.

Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo. General y colombiano, Bogotá, Temis, 2002 y 2008.

Rodríguez, Libardo. “Los reglamentos autónomos”, en VI Foro iberoamericano de derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Romano, Santi. Corso di diritto amministrativo, Padova, Cedam, 1932.

Saint Girons, A. Essai sur la séparation des pouvoirs, Paris, Larose, 1881.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo, vol. II, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces S. A., 1999.

Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo, ts. 1-3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Sarria, Eustorgio. Derecho administrativo, Bogotá, Temis, 1957.

Sarria, Eustorgio y Mauricio Sarria. Derecho administrativo, Bogotá, Ceida, 1978.

Schmidt-Assman, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Barcelona, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003.

Sorace, Domenico. Diritto delle amministrazioni pubbliche, Bologna, IL Mulino, 2007.

Sorrentino, Federico. Lezioni sul principio di legalità, Torino, Giappichelli, 2001.

Swisher, Carl. El desarrollo constitucional de los Estados Unidos, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1951.

Tascón, Julio Enrique. Derecho contencioso administrativo colombiano, Bogotá, Minerva, 1954.

Tobón Arbeláez, Diego. Principios elementales del derecho administrativo, Medellín, Tipografía Industrial, 1939.

Urueta, Manuel. “El Consejo de Estado”, Revista de la Universidad Externado de Colombia, vol. XVII, n.o 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976.

Vallejo Almeida, Germán. “El régimen de adopción de tratados internacionales en la Constitución de 1991”, en ii Jornadas de derecho constitucional y administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Vedel, G. y P. Delvolve. Droit administratif, t. 2, Paris, PUF, 1992.

Velez García, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996.

Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo, Bogotá, Banco Popular, 1977 y 2000.

Vidal Perdomo, Jaime. Derecho administrativo, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis, 2004.

Wade, H. W. R. Administrative law, Oxford, Clarendon, 1971.

Wade, H. W. R. Derecho administrativo, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1971.

Weber, Max. ¿Qué es la burocracia?, México D. F., Coyoacán, 2001.

Younes Moreno, Diego. Derecho laboral administrativo: La función pública, Bogotá, Temis, 1998.

Zanobini, Guido. Corso di diritto amministrativo, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1948.

Zanobini, Guido. Curso de derecho administrativo, vol. 1, Buenos Aires, Arayú, 1954.

NOTAS

I. GÉNESIS Y FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1 Esta aproximación pese a ser utilizada en no pocas oportunidades por el derecho privado, no está en la raíz de la especulación teórica jurídico administrativa; no se trata de justificar límites al ejercicio de la autonomía privada y en general del comportamiento privado; se trata más bien de justificar desde un plano teórico, una realidad jurídico positiva que con apoyo democrático o no, se está formando y que hace abrir los ojos sobre la urgencia de una respuesta teórica a una realidad práctica y palpable. Sin embargo, esta aproximación de marcada tendencia ius privatista que contiene una influencia definitiva de la pandectística al entendimiento del derecho administrativo y público en general, ha tenido una enorme importancia para el estudio de algunas instituciones jurídico administrativas, principalmente el acto administrativo y el contrato estatal. Ver Émile Victor Foucard, *Eléments de droit public et droit administratif*, Paris, 1834, 4 vols., y Félix Mayer, *Grundsätze des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1862, quienes al entender de Giannini conciben un naciente derecho administrativo a mediados y fines del siglo XIX entendido como un límite o una restricción a las libertades privadas (Massimo Severo Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Testo della proclusione del corso ufficiale di diritto amministrativo dell'Università di Sassari, 1940, pp. 172 y ss.).

2 Cuando hacemos relación al derecho común no lo hacemos con el sentido de common law anglosajón sino más amplio, es decir, el derecho convencional, muchas veces de formación románico germánica y que

tendencialmente se aproximaba a la idea actual de derecho privado.

3 Schmidt-Assman es la voz más importante de la doctrina jurídico administrativa que en la actualidad llama la atención sobre la importancia de un estudio sistémico de esta disciplina. Desde el inicio de su obra de mayor trascendencia para la doctrina del derecho administrativo en español, apunta hacia una comprensión de la normatividad (derecho administrativo especial) y su análisis, como presupuesto para la construcción de una teoría general del derecho administrativo que a su vez, sirva para la comprensión de lo primero. Con la comprensión de la fundamentación teórica como una “idea ordenadora” de la normatividad especial señala: “la clave de búsqueda de esa ‘idea ordenadora’ consiste en la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que presenta cada uno de los sectores del derecho administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones singulares hacia principios generales del derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca. Desde el punto de vista metodológico, tal idea ordenadora tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o postulado sistemático” (Eberhard Schmidt-Assman, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Barcelona, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, pp. 1-2).

4 La doctrina italiana con una marcada influencia de la dogmática alemana distingue entre derecho administrativo (como cuerpo homogéneo de normas) y ciencia del derecho administrativo (como construcción de pautas teóricas, principios y bases de ese cuerpo normativo por parte de la doctrina). Romano con una lógica calificable en la actualidad como sistémica, inmersa en su teoría dell’ordine giuridico, define la ciencia del derecho administrativo así: “la scienza del diritto amministrativo è un ramo della <giurisprudenza>, che ha il compito di elaborare dommaticamente e di ridurre a sistema i concetti, i principi, le norme, gli istituti di diritto positivo atinente alla pubblica amministrazione: elaborazione e sistemazione, che debbono servire per l’applicazione pratica

delle norme giuridiche vigenti ai casi concreti per cui esse hanno efficacia ” (Santi Romano, Corso di diritto amministrativo , 2. a ed., Padova, Cedam, 1932, p. 15). En este mismo sentido, Orlando presenta la diferencia entre derecho administrativo y ciencia del derecho administrativo así: “ il diritto precede alla legge, così el sistema giuridico non può dalle leggi dedursi: e le scienze giuridiche sono sistemi di principi di diritto e non già comento di legislación positive ” . Il sistema del diritto amministrativo (Vittorio Emanuele Orlando, ed., Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano , Milano, Società Editrice Libreria, 1900, p. 45). El reconocimiento, en cambio del derecho administrativo como subsistema normativo, es decir, como parte de un sistema más general que es el jurídico, es común en las construcciones doctrinarias sistémicas, de marcada tendencia alemana. Ver Schmidt-Assman, ob. cit. En el caso colombiano no se exhibe una tendencia precisa; en las más de las veces se hace referencia a los dos fenómenos aludidos como derecho administrativo. Algunos autores de manera aislada y sin que esto implique una marcada tendencia sistémica, sino con la intención de referir el conjunto de normas que conforman lo jurídico administrativo inmerso dentro del sistema normativo de lo jurídico, hacen alusión a un subsistema de lo jurídico administrativo, ver Jaime Orlando Santofimio, Tratado de derecho administrativo , 1. a ed., t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 20, 174-177.

5 Como se deduce de esta premisa de trabajo del capítulo, nos inclinamos sin embargo más por la referencia de régimen y disciplina jurídico administrativos. Como lo indicaremos más adelante, con una comprensión normativa de la expresión “régimen” y en absoluto coincidente con la construcción doctrinaria francesa y principalmente de Maurice Hauriou.

6 Stephane Caporal, L’affirmation du principe d’égalité dans le droit public de la revolution française , Paris, Economica, 1995, pp. 67-68. El autor presenta esta división como síntesis del análisis de los orígenes históricos de la consagración de la igualdad en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

7 Ibíd.

8 La afirmación de este logro se relativizará con ocasión de la revisión histórica del concepto de administración pública (cap. 2 infra).

9 Resulta imposible referir la construcción teórica de la negación del derecho administrativo sin mencionar al profesor de la Universidad de Oxford, Albert Dicey quien en su célebre obra *An introduction to the study of the law of the constitution* , presenta dentro de los componentes de la rule of law el sometimiento a un único derecho (common law). La distinción de regímenes normativos, propia del modelo francés, es para el profesor inglés una fórmula jurídica que privilegia a los sujetos públicos frente a los privados, y que controvierte abiertamente la igualdad sobre la que se construyó el moderno estado inglés (Albert Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution* , London, St. Martin's Press, 1967, pp. 188-195). La construcción teórica de la rule of law y en general de la obra de Dicey la retomaremos en el cap. 5 infra.

10 En lengua española es común la referencia bibliográfica al estudio preliminar de García Pelayo a la obra de H. W. R. Wade, *Derecho administrativo* , Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. VII-XLIII . En la doctrina nacional ver Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del derecho administrativo* , Ensayo de derecho público comparado , 2.ª ed., Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996. También puede apreciarse un planteamiento general del problema con una perspectiva menos revanchista en J. A. G. Griffith y H. Street, *Principles of administrative law* , London, Sir. Isaac Pitman & Sons Ltda., 1952, pp. 1-25.

11 Para Leyland y Woods, frente al reconocimiento por parte del “Donoughmore Commit” de 1932 de que la rule of law “ is a recognised principle of the English Constitution, a conventional obligation. But is a term open to a wide variety of interpretations ”, se deduce que no puede leerse de la manera como fue concebida por Dicey y, de este modo, una lectura acorde con el derecho administrativo implicaría en primer lugar el reconocimiento histórico de la producción de este autor y el consecuente contexto de un liberalismo puro, donde el rol del estado era mínimo. En la actualidad sostienen Leyland y Woods que hay una visión más social y democrática del estado que trae consigo una acción más decidida del “gobierno” y las administraciones públicas y, consecuentemente, debe existir un referente normativo para impedir abusos de poder, lo que constituye el nudo duro del derecho administrativo (Peter Leyland y Terry Woods, Administrative law , Oxford, University Press, 2002, pp. 5-10, 26).

En este mismo sentido, Wade sostiene que el objeto principal del derecho administrativo inglés es la defensa del ciudadano frente al ejercicio de los poderes públicos. Objeto que a su vez debe encontrar fundamento en los principios constitucionales ingleses, principalmente los de la soberanía del parlamento y la rule of law (H. W. R. Wade, Administrative law, Oxford, Clarendon, 1971, pp. 1-2).

En la actualidad es difusa la idea de un administrative law en Inglaterra, esta ha centrado a lo largo del siglo XX su atención principal en los remedies: certiorari, mandamus y prohibition. Y de manera general en la Judicial Review. Recientemente se llama la atención sobre la importancia de concebir, dentro del objeto del derecho administrativo inglés, el estudio de las administraciones públicas y el ejercicio de estas de policy making y de funciones cuasi legislativas y judiciales. Ver D. J. Galligan. Administrative law, Oxford, University Press, 1996.

12 Eduardo García de Enterría, La lengua de los derechos. En la formación el derecho público europeo tras la revolución francesa , Madrid, Alianza, 1994, pp. 102 y ss. En la doctrina nacional, sobre el contexto histórico de esta afirmación es importante la revisión de Jorge Iván Rincón, Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 25-54. En

el mismo sentido ver Sandra Morelli, La revolución francesa y la administración territorial en Colombia. Perspectivas comparadas , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991. En estas y muchas otras construcciones doctrinarias se evidencia la necesidad de unos presupuestos para la aparición del derecho administrativo, que pueden resumirse en declaraciones de derechos; formación de los principios de legalidad y de separación de los poderes públicos o de las ramas del poder público; y reconocimiento de la soberanía popular o nacional.

13 Art. 1. o de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.

14 Ibíd., art. 6. o .

15 La madurez jurídica sobre el reconocimiento de personas jurídicas públicas y privadas es posterior, e inclusive algún sector de la doctrina le atribuye a este suceso una marcada influencia anglosajona. Ver Gianfranco Cartei, Il servizio universale , Milano, Giuffrè, 2002, pp. 58 y ss.; y Barbara Marchetti, Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti , Padova, Cedam, 2005, pp. 26-29.

16 No solamente el pensamiento político francés evidencia esta diferencia, también lo hace el derecho positivo revolucionario y posrevolucionario. Caporal, ob. cit., pp. 67-68, señala cómo resulta sustentable la tesis según la cual el principal rasgo distintivo de la revolución francesa en consideración a la estadounidense es justamente la igualdad ante la ley.

17 Ver Caporal, ob. cit., y Simon Goyard-Fabre, “L’égalité des droits en

1789. Un rêve d'impossible sur un horizon d'esperance", en Egalité , AA.VV
., Roma, Ferrari Postigliola, 1990, p. 113.

18 La influencia iusnaturalista es evidente toda vez que en buena medida es “la naturaleza humana” la que justifica la proclamación de esos derechos, las bases filosóficas y teóricas occidentales de este reconocimiento son vastas: Platón en La República funda en buena medida el concepto de democracia en la igualdad de los hombres, aspecto este que es retomado por Aristóteles en la construcción del concepto de “democracia igualitaria” que a su vez sirve como presupuesto para la distinción entre igualdad distributiva y correctiva (ética nicomaquea); por su parte Santo Tomás construye su “justicia conmutativa” sobre el “bien común” indicando que “la forma general de la justicia es la igualdad”. La originalidad del siglo XVIII en cuanto a la igualdad es relativa y se fundamenta principalmente en su traslado desde la filosofía política hacia el derecho con una influencia definitiva de pensadores como Hobbes y Locke para su posterior desarrollo más publicitado de Montesquieu y Rousseau. Ver Ferdinand Melin-Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel , Paris, Economica, 1992, pp. 26-29; y Augusto Cerri, Eguaglianza (principio costituzionale di) (Voce), Enciclopedia Giuridica Treccani, pp. 1-4.

Más interesante aún resulta la revisión de la influencia jurídico romana, donde la igualdad alcanzaba un doble perfil dependiendo de si ésta se encuadraba en el derecho público o en el privado; en efecto desde la óptica del jus privatum se fundaba en la utilitas singulorum, mientras que desde el jus publicum se fundaba en el derecho del que gobierna, es decir del que dicta las reglas (Georges Chevalier, Les critères de la distinction du droit privé e du droit public dans la pensée savante médiévale, t. 2, Paris, Sirey, 1965, pp. 840-841).

19 Cassese ha insistido en numerosos lugares sobre la transformación cuantitativa de la administración pública y la connotación incisiva de ésta como consecuencia de la superación de las características del estado liberal clásico a inicios del siglo XX . En este sentido, alude a un proceso evolutivo inacabado (Sabino Cassese, Modernizzare l'amministrazione pubblica ,

Presentación, Bolonia, spisa Università di Bologna, 2000, pp. 7-12).

20 Caporal, ob. cit., pp. 70-71.

21 Como se recordó desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se hace énfasis en esta distinción (art. 6. o). Si bien las diferencias frente a la ley de los sujetos públicos y privados pueden revisarse en el presente con una óptica de discriminación no era esta la lógica revolucionaria francesa, se ha apreciado más como una carga adicional a los sujetos públicos. Ver Federico Sorrentino, Lezioni sul principio di legalità, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 4 y ss.

Esta distinción es constatable, con mayor o menor frecuencia en las constituciones políticas colombianas, donde se aprecia un reconocimiento del derecho a la igualdad con tintes de discriminación entre públicos y privados, más marcados en las conocidas como constituciones conservadoras, y en menor o nulo grado, en aquellas de corte liberal: pueden apreciarse las constituciones políticas de la República de Colombia de 1821 y 1830 (preámbulo y art. 12 respectivamente); en la Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832 (art. 14); la Constitución de la República de la Nueva Granada de 1953 (art. 5.o); y la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1963 (num. 10 art. 15). Particular atención llama la última disposición transcrita: “la igualdad; y en consecuencia, no es lícito conceder privilegios o distinciones legales que cedan en puro favor o beneficio de los agraciados; ni imponer obligaciones especiales que hagan a los individuos y ellos sujetos de peor condición que los demás”. Ver Carlos Restrepo Piedrahita (comp.), Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

22 Desde esta perspectiva resulta válido afirmar que el soporte de la distinción entre agentes públicos y privados, más que en una consideración jurídica fundada en la distinción entre derecho público y privado, se afirma con base en una lógica de estado.

23 Ver nota 19 supra.

24 Ver De Rugero, Storia del liberalismo europeo , Roma, Laterza, 1995, pp. 384-391. La ausencia de una injerencia del estado en las libertades individuales, principalmente de aquellas económicas, no es absoluta; como sostiene Natalino Irti, aún en esta época de liberalismo existe una mínima porción de intervención del estado que redunde en afectación de libertades (Natalino Irti, L'ordine giuridico del mercato , Roma, Laterza, 1998, pp. 3-64).

25 Muestra evidente de esto es que la consolidación de la doctrina que distingue la gestión privada de la gestión pública de las administraciones públicas, que a su vez sirvió de sustento a las construcciones teóricas de Maurice Hauriou sobre las prerrogativas públicas, se desarrolla a fines del siglo XIX en el seno del Consejo de Estado y Tribunal de Conflictos (Francia). Ver Alberto Montaña, El concepto de servicio público en el derecho administrativo , 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 135 y ss.

26 Nos referimos aquí a un concepto de “orden público” en un sentido moderno. Pretendemos referir esa intervención del estado propia del estado liberal, que al sentir de algunos, constituye el origen histórico del derecho administrativo que se materializa casi siempre en la producción de autorizaciones, prohibiciones y sanciones. Sobre este concepto y sus relaciones con el origen del derecho administrativo en los siglos XVIII y XIX , ver Rincón, ob. cit., pp. 208-209.

27 Con el reconocimiento de las ideas liberales como presupuesto histórico

necesario para la aparición del derecho administrativo, no queremos significar un nexo inequívoco de causa–efecto entre estas y nuestra disciplina jurídica. Antes de la formación de los estados de derecho (posrevolucionarios) existían “administraciones públicas” o si se quiere “aparatos públicos” que producían efectos jurídicos sobre los particulares, a través de decisiones que a su vez se fundaban en reglas o normas de lo que se conoce como “derecho de policía”; esto significaba que había un sometimiento de los “aparatos públicos” al derecho, es decir, una relatividad en el reconocimiento actual de los alcances del estado de derecho.

Como lo destaca Giannini, ob. cit., pp. 140-148, esta realidad histórica no puede desconocerse en el reconocimiento de la génesis del derecho administrativo. Para este mismo autor las reglas propias del denominado “derecho de policía” ofrecían una doble característica: en primer lugar no hacían parte de una fracción del ordenamiento jurídico que se pudiera denominar administrativa o siquiera pública ya que la lógica del derecho privado continuaba presente, sino total sí parcialmente; en segundo lugar, porque la proveniencia de esas reglas era de los mismos aparatos públicos que se sometían a ellas, no existiendo una aplicación de la teoría de la división del poder público.

Esta idea de Giannini, que se funda en parte en el pensamiento de Romano y Zanobini, conocida como una de las grandes aportaciones del derecho administrativo italiano, nos sirve para evidenciar y confirmar el hecho de las revoluciones liberales como uno de los presupuestos históricos del nacimiento del derecho administrativo (probablemente más a través del principio de separación de poderes o de ramas del poder público que de la forma de derecho adoptada por los estados); el otro que lo desarrollaremos en seguida es la voluntad de construir regímenes normativos paralelos, que no nace de otra cosa distinta que de una lectura del derecho a la igualdad a la “francesa” que acabamos de indicar.

Los autores alemanes a quienes tradicionalmente se hace referencia como protagonistas de la formación de una “ciencia de la policía” son Justi (1756), Berg (1802), Mohl (1829). Ver Orlando, ob. cit., p. 47.

28 Este reconocimiento empírico se debe a la voluntad del legislador (o del juez creador del derecho como se verá en el cap. 5 infra), se convierte

entonces en un motor definitivo para la formación del derecho administrativo. Probablemente el autor que evidencia este rasgo de manera definitiva como uno de los supuestos históricos para el nacimiento del derecho administrativo es Santi Romano; este aprecia una escasa influencia de las revoluciones liberales y principalmente del principio de separación de los poderes públicos, dado que se tienen manifestaciones administrativas en distintas instancias públicas, y centra su atención en la voluntad de producir unas normas diferentes (derecho administrativo). Ver Romano, ob. cit., pp. 11-12.

Esta idea, que constituye una de las premisas centrales de nuestro trabajo, debe ser compatible con el principio-derecho de la igualdad, ya que en caso de no serlo se estaría dando lugar a la formación de una disciplina ilegítima e inconstitucional. Concluimos entonces hasta este momento que los presupuestos históricos para el nacimiento del derecho administrativo son los cimientos liberales de la naciente forma de derecho de los estados revolucionarios y la voluntad de construir regímenes especiales o distintos para el fenómeno administrativo acordes con el ordenamiento jurídico y, sobre todo, con el principio y derecho de la igualdad.

29 Insistimos en “uno de los movimientos” porque aunque se tenga menos documentación al respecto, pareciera ser Romagnosi en Italia el primero que hace referencia a un “derecho administrativo” en un sentido moderno. En efecto, mucho antes de la unificación italiana este detentó en la Universidad de Pavia la cátedra de “alta legislación en relación con la administración pública”, lo que le sirvió después en 1814 para presentar sus “principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni”. Resulta interesante de esta primicia doctrinaria la metodología utilizada: se partió del reconocimiento de la normatividad sobre las administraciones públicas para, con base en ellas, construir unos principios fundamentales de derecho administrativo. Ver Giannini, ob. cit., pp. 170-172. Orlando quien ha ejercido una influencia definitiva en la consideración de una ciencia del derecho administrativo “a la italiana” desconoce el efectivo mérito de Romagnosi, y destaca sin pretensiones cronológicas la importancia de la obra de Giovanni Manna, Diritto amministrativo nel

regno delle due Sicilie , Napoli, 1840, quien con una evidente influencia francesa comienza a perfilar una visión sistémica del derecho administrativo (Orlando, ob. cit., pp. 49-50).

30 Se utiliza aquí la expresión “escuela” para referirse a trabajos singulares con coincidencias materiales y metodológicas y no a una construcción conjunta; de inventario porque lo más significativo de esta producción doctrinaria fue la identificación de las normas que rigen las administraciones públicas y la afirmación de la connotación diferente de éstas, en relación con el derecho común. Macarel, primer catedrático de derecho público y administrativo de la Universidad de París, desarrolló un estudio sobre la normatividad propia de las administraciones públicas que se deriva de las decisiones de los Tribunales Judiciales y del Consejo de Estado: *Éléments de jurisprudence administrative* , más adelante desarrolló la obra *Science des contentieux administratif* . Cormenian siguió la línea de la recopilación, aunque con detenimiento principal, en el derecho legislado y De Gérando presentó en la primera edición del Periódico *Thémis* (1819) el “*Discours d’ouverture du cours de droit public et administratif* ” y su “*Plan Général du Cours* ” en el que dividía la materia en establecimientos públicos, patrimonio público y orden público. Ver Giannini, ob. cit., pp. 139, 173-174.

La identificación de un inventario normativo no siempre se identificó con una recopilación de normas de orden legal; es más, estas eran principalmente de origen jurisprudencial; si bien en la época el carácter normativo de una manifestación de este tipo era bastante dudosa y esta se utilizaba como señalaba el mismo Macarel para aclarar el sentido de la ley, la naciente jurisdicción del Consejo de Estado pareciera perfilarse como “casi ilimitada” (Cormenin) y consecuentemente puede decirse que desde esta escuela se evidencia con algunas décadas de diferencia uno de los rasgos distintivos del derecho administrativo francés: su carácter jurisprudencial. Ver fallo Cadot en M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 36-38; y Orlando, ob. cit., p. 45.

31 Otros similares como el mencionado de Romagnosi. No es de nuestro

interés reivindicar el origen de la ciencia del derecho administrativo para ningún país, sino relevar la metodología de estas primeras construcciones doctrinarias.

32 Dicey, ob. cit., pp. 188-195.

33 Luego el derecho administrativo sería el régimen jurídico de todos y cada uno de los componentes de la rama ejecutiva del poder público en sus relaciones como sujetos de derecho.

34 Desde esta perspectiva el derecho administrativo sería el régimen jurídico de todos los componentes del estado, es decir, de los componentes de las tres ramas del poder público, cuando quiera que actúen como sujetos de derecho.

35 Probablemente el autor que de mejor manera ha logrado justificar esta idea es Santi Romano a través de su teoría de la institución y la extensión de ésta a la explicación del fenómeno estatal. Para este autor un concepto de institución se contrapone al de corporación, dado que mientras este hace alusión a un ente cuyo elemento principal es la colectividad de individuos que la componen y cuya voluntad se materializa a través de la generalidad de sus miembros; la institución trasciende la idea de sus componentes de modo que las decisiones que allí se toman son adoptadas por individuos distintos a sus componentes. Se evidencia de esta manera el componente democrático en la formación de ambos conceptos y en la medida en que un estado adopte esta fórmula, para el autor este es una corporación (Romano, ob. cit., p. 85).

36 Giovanni Bognetti, La divisione dei poteri , Introduzione, Milano, Giuffrè, 2001.

37 Esta fuerte afirmación no pretende desconocer construcciones teóricas importantes, desarrolladas principalmente en Alemania, Austria e Italia, que con una marcada influencia de la pandectística pretendieron explicar el contenido de un derecho administrativo, v. gr. Otto Mayer, Adolph Merkl, Ernest Forsthoff, Vittorio Emanuele Orlando. Estas construcciones a partir del reconocimiento multidisciplinario de la “ciencia de policía” y por consiguiente en la incapacidad de ésta, para explicar desde una perspectiva jurídica el fenómeno administrativo, pretendieron atribuirle un método novedoso al derecho administrativo, en el que a partir de la identificación de “sus grandes componentes” se construyeran sus bases dogmáticas o teóricas. No se puede discutir consiguientemente en esta tentativa la identificación de un objeto.

Nuestra afirmación se centra en la marcada influencia francesa que nuestras instituciones jurídico administrativas han tenido y en un problema actual perfectamente verificable y que constituye una de las motivaciones principales de este trabajo según se ha anunciado: al no tenerse claro el objeto específico del derecho administrativo se producen tantos absurdos en la configuración de la frontera entre regímenes comunes y administrativos.

38 Las prerrogativas públicas son para Hauriou la explicación misma del régimen administrativo; la razón de ser de la aplicación de estas reglas y principios, está pues fundada en la verificación de una realidad y es la capacidad de imponerse de algunos sujetos frente a otros. Este concepto – administraciones públicas– es también capaz de soportar otros criterios materiales que apuntan hacia esta distinción como el del servicio público (Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public , 12 ed., Paris, Dalloz, 2002, pp. 8-13).

39 En efecto, para Hauriou las prerrogativas públicas eran predicables

únicamente de sujetos de derecho de naturaleza pública, pues son estos quienes constitucional y legítimamente ejercen el poder público. La importancia sin embargo debía centrarse en las prerrogativas y no en la naturaleza del sujeto. Al respecto indicó: “ Le droit administratif, qui est le droit de l’activité administrative, ne s’explique que comme une réglementation des pouvoirs de l’administration, devenus droits de puissance publique, ou de l’exercice de ces pouvoirs par des actes d’administration ou par des opérations administratives, le tout en conflit avec les droits des particuliers, qui sont de pouvoirs privés ” (Hauriou, ob. cit., p. 8).

40 Como lo referiremos en el cap. 4 infra, entendemos las manifestaciones de voluntad que vinculan a terceros –actos administrativos– como normas en un sentido general ya que constituyen preceptos de conducta para los particulares.

41 Nota es la influencia de pensadores como Santo Tomás en la justificación del estado a partir del concepto del bien común. En este sentido, también el derecho y en nuestro caso, el derecho administrativo, tuvo influencia del concepto aludido, cuya evolución se ha caracterizado, en parte, por el desprendimiento de visiones universalistas con arraigada influencia aristotélica. Esta situación, es descrita de manera ejemplar por el Consejo de Estado francés, en su relación académica de 1999, donde con ocasión de un estudio sobre el concepto de interés general, evidencia los orígenes del mismo, en conceptos como los de bien común y refiere esta evolución y su consecuente permeabilidad en la comprensión del derecho administrativo de este país (Conseil d’État. Rapport public, L’intérêt général, Paris, La documentation française, 1999, pp. 247-269). En época reciente, en el derecho español, autores como Garrido Falla han centrado la atención, en conceptos como el de la “justicia social” comprendidos como objetivos hacia los que apunta el estudio del derecho administrativo (Fernando Garrido Falla, Tratado de derecho administrativo, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 73-74).

42 Esta construcción teórica también francesa ha tenido una influencia inmensa en toda Europa occidental y continental; así mismo, ha tenido desarrollos paralelos en modelos de corte anglosajón, principalmente en Estados Unidos. Sobre la fusión de las aportaciones europeas y estadounidenses ver Cartei, ob. cit., pp. 1-123.

43 Esta escuela del pensamiento jurídico también conocida por algunos como la Escuela Realista, en realidad recoge trabajos singulares de teóricos y profesores de la Universidad de Burdeos que coinciden desde sus distintas especialidades en identificar el concepto de servicio público como “piedra angular” del estado y del derecho administrativo. Influencia definitiva, sin embargo, sobre estos trabajos singulares, tuvo la construcción doctrinaria de Leon Duguit quien principalmente desde su obra Transformaciones del derecho público , y con una influencia evidente del pensamiento democrático y “solidarista”, presentó el servicio público, no sólo, como la finalidad única del estado sino como su razón de ser. Sobre este argumento ver el capítulo 2 de Montaña, ob. cit.

44 Idea principalmente desarrollada por Gaston Jèze en sus Principios Generales de derecho administrativo , quien expresamente menciona: “ L’idée du service public est initialement liée avec celle du procédé de droit public. Dire que, dans telle hypothèse, il y a service public, c’est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d’intérêt général, les agents publics pouvant appliquer les procédés du droit public, c’est-à-dire un régime juridique spécial et que l’organisation du service public peut être modifiée à tout instant par les lois et règlements sans qu’aucun obstacle insurmontable d’ordre juridique puisse s’y opposer ” (Jèze, Les principes généraux du droit administratif , t. 2 , 3. a ed., Paris, Dalloz, 2004, p. 2). Al respecto, ver Montaña, ob. cit., cap. 2.

45 Conocidos en la doctrina como las leyes de Rolland, otro de los integrantes de la referida Escuela de los servicios públicos. Sobre la

continuidad e igualdad en la prestación de los servicios públicos, ver Louis Rolland, Précis de droit administratif , 9. a ed., Paris, Dalloz, 1947, p. 18.

46 Fallo “Sociedad Comercial del Oeste Africano” del 22 de enero de 1921, en Long et ál., ob. cit., pp. 228-237.

47 Ver Montaña, ob. cit., pp. 152-164.

48 Sobre este aspecto, ver el capítulo 3 de Alberto Montaña, Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia , t. 36, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, dirigida por el Profesor Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

49 Ver Alcibiades Argüello y Luis Buenahora, Derecho administrativo colombiano , Bogotá, Taller de Ediciones Colombia, 1927.

50 Ibíd., pp. 3-7.

51 Ver Gustavo Arboleda, Anotaciones sobre derecho político administrativo comparado , Cali, Imprenta Departamental, 1934.

52 Ver Jaime Vidal Perdomo, Derecho administrativo , Bogotá, Banco Popular, 1977.

53 Ver Eustorgio Sarria y Mauricio Sarria, Derecho administrativo , Bogotá, Ceida, 1978, pp. 1-3.

54 Régimen jurídico de derecho común a las empresas industriales y comerciales del estado, introducido principalmente con la construcción orgánica de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, a los que se hará alusión más adelante.

55 Verbigracia los prestadores de los servicios públicos en relación con el derecho fundamental de petición, o algunas situaciones específicas con régimen jurídico administrativo, aplicables a los prestadores privados de servicios públicos domiciliarios.

56 Ver Miguel Malagón, Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 147 y ss.

57 Cassese sostiene esta idea, con ocasión de la verificación de la existencia de un efectivo derecho administrativo aún en el Estado que de modo ideal se ha referenciado como protagonista de su negación. Efectivamente en Inglaterra son verificables instituciones como las prerrogativas a la corona, acciones u órdenes para velar por la legalidad de las actuaciones administrativas y los conocidos como tribunales (administrativos) especiales (Sabino Cassese, Trattato di diritto amministrativo , ts. 1 y 2, Milano, Guiffre, 2000, pp. 42-45).

58 Como sostuvimos en la segunda parte de este capítulo, las bases para la génesis del derecho administrativo no se encuentran solamente en la revolución francesa sino, en general, en la ideología liberal que sirvió de base para la adopción de la forma de derecho de los estados.

59 Schmidt-Assman, ob. cit., pp. 8-9, hace énfasis en la “función política” que cumple una teoría general del derecho administrativo, en los siguientes términos: “la ciencia del derecho administrativo de nuestro tiempo, el sistema, en suma, tiene ante sí el importante reto de contrarrestar el activismo del legislador, de dotar de unidad y coherencia a la constante actividad legislativa expresada tantas veces en una multiplicidad de reglas o criterios particulares y en normas de detalle. En este plano, el pensamiento sistemático opera más como foro que como canon. Aporta, en efecto, un hondo acervo argumental y evita el peligro de una potencial y progresiva divergencia o desintegración jurisprudencial y legislativa [...] la función de la teoría general del derecho administrativo consiste fundamentalmente no sólo en saber insertar los nuevos fenómenos y las normas especiales en un ámbito o sector administrativo claramente definido, sino también en ofrecer un contexto analítico y adecuado campo de observación que permita comprender la interacción y evaluación constantes entre el Estado y la sociedad, sus nuevas competencias y la redefinición de sus respectivas responsabilidades”.

60 Esta afirmación encuentra vastos referentes para una justificación jurídico positiva. Como ejemplo puede señalarse la expresa aplicación que del código civil y el código de comercio debe darse en materia de contratación estatal, hasta el punto de concebirse el Estatuto de la contratación estatal como una norma de principios y, en términos concretos, subsidiaria del derecho privado. Así mismo pueden mencionarse las prerrogativas contractuales consistentes en la eventual inclusión de cláusulas excepcionales que pueden ejercer sujetos privados que presten servicios públicos domiciliarios de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

61 La construcción teórica de la escuela de los servicios públicos, entendía por ellos la totalidad de las actividades orientadas a satisfacer el interés general y que se encontraran delimitadas en la ley. Ver Jèze, ob. cit., pp. 1-23. Desde esta perspectiva puede identificarse la construcción de la Escuela de Burdeos como una manifestación integral de una justificación teleológica fundada en el interés general. Una vasta porción de la doctrina ha señalado la contradicción existente entre la construcción teórica de los servicios públicos y la de las prerrogativas públicas, llegando a veces a presentarla de manera personal como la contradicción entre Jèze y Hauriou; esta contradicción es sin embargo relativa, toda vez Hauriou (ob. cit., 11 ed., Prefacio, pp. IX - XVII) reconoce aunque tardíamente en los servicios públicos, el fundamento del ejercicio de las finalidades públicas; de manera indirecta, a nuestro juicio, esto implica reconocer la necesidad de un fundamento teleológico que sirva de base para la justificación de las prerrogativas públicas. Esta reflexión teórica se encuentra sustentada en Montaña, ob. cit., cap. 2.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

62 Esta idea será desarrollada más adelante en este mismo capítulo.

63 Esta comprensión de la disciplina jurídico administrativa fue desarrollada en el cap. 1 supra.

64 Los diccionarios traen distintas acepciones, tomamos aquí, la que a nuestro juicio es la más cercana al sentido común.

65 Diccionario de la Real Academia Española [www.rae.es]. Etimológicamente pareciera provenir de las expresiones latinas “minister” y “minus” que al entender de Romano, ob. cit., p. 5, esto implica desde su inicio una distinción entre gobierno y administración, en tanto “significa una actividad de grado inferior a aquella de gobierno”.

66 El Diccionario de la Real Academia Española define a la administración pública como “organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial” [www.rae.es].

67 Sobre estas acepciones ver Alberto Montaña, “El concepto de administración pública en el derecho comunitario”, Revista de Derecho del Estado , n. o 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

68 Ver Romano, ob. cit., pp. 1-2. Esta idea se expondrá de manera más detenida en la primera parte de este capítulo.

69 Para Franchini esto obedece principalmente a tres motivos: 1) la influencia de la ideología liberal hizo que se centrara la atención en las libertades individuales de los ciudadanos y en los consecuentes límites que debían imponerse para ello a las administraciones públicas; 2) la influencia de una metodología de análisis propia del derecho privado condujo a un perfil decididamente “antropomorfo” del análisis administrativo que centraba la atención en el análisis de los sujetos (públicos); 3) la convicción

positivista de la insignificante repercusión social de las normas secundarias que a su vez eran las que establecían la organización administrativa desde una perspectiva subjetiva pero también material (Claudio Franchini, “L’organizzazione”, en Trattato di diritto amministrativo , Sabino Cassese, t. 1, 2. a ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 253-254).

70 Se entiende aquí estado moderno según la tradicional identificación histórica del estado nacional europeo que surgió a fines del siglo XV y en el que se identificaban los elementos tradicionales de “pueblo, territorio y gobierno o poder político”. Ver Guido Zanobini, Corso di diritto amministrativo , vol. 1, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 7-11.

71 Con esta idea hacemos evidente nuestra convicción de que el fenómeno administrativo (público) trasciende el fenómeno estatal y, de modo independiente, a que se quiera reconocer a ésta antes o después de la existencia del estado en sentido moderno (aspecto este también relativo), la relación histórica con la idea de “público” que se tenga debe enseñarnos a adquirir una convicción actual de la misma. En este mismo sentido sostiene Sorace que la administración pública es ante todo un aparato o una actividad dirigida a atender los intereses de la comunidad (Domenico Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche , Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 1-8, 24-25).

72 Para Pizzorusso la consideración de un estado en un sentido moderno exige como presupuesto histórico la formación de un pensamiento político preciso que se maduró entre los siglos XVI y XVIII . La connotación nacional de esta forma de estado tardó un poco más, toda vez que en estricto sentido, a esta se puede referir en el curso de los siglos XVIII y XIX (Alessandro Pizzorusso, Istituzioni di diritto pubblico , Napoli, Jovene, 1997, pp. 33-37).

73 Territorio, población y poder político (gobierno) son bastante conocidos por la doctrina juspublicista como elementos del estado (Pizzorusso, ob. cit., pp. 40-42). Ver Paolo Caretti y Ugo De Siervo, Istituzioni di diritto pubblico , Torino, Giappichelli, 2002, pp. 26-28.

74 Massimo Severo Giannini, “L’amministrazione pubblica dello stato contemporaneo”, en Trattato di diritto amministrativo diretto da Giuseppe Santaniello , vol. 1, Padova, Cedam, 1988, pp. 23-27.

75 Giannini expone el caso de ríos como el Yang Tze, Tigres, Eufrates y Nilo; para el caso de los ejércitos, ejemplifica con los casos espartano y romano. Aclara también que en estricto sentido sólo se puede hacer referencia a una estabilidad del personal y de los recursos en un estadio histórico posterior, pero que no por ello no se evidencian manifestaciones de este fenómeno en esta época (Giannini, “L’amministrazione pubblica dello stato contemporaneo”, cit., pp. 23-24).

76 Estas instituciones medievales se identificaban con “instalaciones” y/o “servicios” que se desarrollaban por mandato del señor feudal, para que los habitantes de su feudo (y no él) tuvieran acceso a lavaderos, hornos, bodegas, etc. (banalidades señoriales) y en una época posterior caracterizada por la formación de “células” municipales, estas se transformaban en “solidaridades urbanas”. No se evidenciaba en éstas una efectiva satisfacción del interés general, toda vez que primero se pagaba para su obtención y, segundo, su finalidad se centraba en intereses productivos del feudo. Ver Jean Louis Mestre, Introduction historique au droit administratif , Paris, PUF, 1985, pp. 26-28 y 45-46.

77 Características estas propias de circunstancias históricas ulteriores.

78 Expresión bastante relativa: la aristocracia territorial (herederos muchas veces de los antiguos señores) es en buena medida, el administrador - gobernante de sus territorios, eso sí en nombre y representación del monarca; ésta al igual que desde una perspectiva central se sirve de cuerpos organizados de personas que los asesoran e inclusive infieren en la adopción de algunas decisiones. Al sentir de autores como Weber, este es la génesis de una burocracia en un sentido moderno. Si bien, en la antigüedad, se pueden observar –v. gr. Egipto– manifestaciones de organización en sentido burocrático (Max Weber, ¿Qué es la burocracia? , México D. F, Coyoacán, 2001, pp. 45-54).

79 Ver Giannini, “L’amministrazione pubblica dello stato contemporaneo”, cit., p. 28. El autor señala que en Inglaterra la cultura de los poderes locales lleva en términos efectivos a que burgos y condados tengan un poder residual en atención al poder central al cual se le atribuye la potestad sobre las relaciones exteriores, la moneda, la marina militar, el ejercito, algunos tributos (principalmente indirectos), aduanas y la jurisdicción de los jueces mayores; de este modo, burgos y condados constituyen aparatos administrativos propios y detentan potestades tributaria, normativa y jurisdiccional propias.

80 Este aspecto fue analizado en el capítulo anterior, así como, se hizo alusión a algunas críticas de su comprensión como origen del derecho administrativo, principalmente presentadas por Giannini.

81 Ver Giannini, Profili storici della scienza del diritto amministrativo , cit., pp. 140-148.

82 Algunos autores subrayan esta situación evidenciando la prevalencia de la rama legislativa del poder público, toda vez que a la luz de la teoría de la división del poder público, la existencia del principio de legalidad, significa el acatamiento irrestricto de las reglas proferidas por el legislativo, por parte de las ramas ejecutiva (administrativa) y judicial. Ver Giuliano Amato y Augusto Barbera, Manuale di diritto pubblico , Bologna, Il Mulino, 1994, p. 33.

83 Giannini, Profili storici della scienza del diritto amministrativo , cit., pp. 140-148, insiste en esta relatividad a partir de la verificación de dos ideas doctrinarias, de Romano y Zanobini respectivamente, 1) el derecho no es novedad, lo que va a ser novedoso es la confirmación de un ordenamiento jurídico distinto y con características propias que se puede llamar derecho administrativo; y 2) la novedad del derecho es cuando se verifique que éste es producido por un tercero, y no por la misma administración pública; dicho de otra manera, la división de las ramas del poder público es más importante que el reconocimiento formal del sometimiento de la administración pública al derecho.

84 Art. 6. o de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.

85 Montesquieu no sólo concibe la teoría de la división del poder público como una respuesta a la concentración del poder, sino que en el caso concreto de la rama ejecutiva (administrativa) hace relación a la función de ella y la relación que tiene con los temas relativos a la seguridad del estado, lo que sin duda denota una presencia más que evidente de poder. Ver Augusto Hernández Becerra, Las ideas políticas en la historia , Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 1997. Esta idea primogénita de la teoría, comportó el desarrollo de algunos instrumentos de derecho positivo, dirigidos a la protección ciudadana de los poderes implícitos en cada una de las ramas, principalmente la ejecutiva; y más adelante en una época de

maduración del constitucionalismo francés, una preocupación por el desbordamiento que se había verificado de las manifestaciones de poder de la rama ejecutiva. Ver Françoise Burdeau, Histoire du droit administratif, Paris, PUF, 1995, pp. 44-47 ; y De Rugiero, ob. cit., p. 171.

86 Es comúnmente referido el logro histórico de encontrar en la ley los referentes funcionales de la administración pública; menos mencionado, pero no menos importante, es también encontrar en ella los referentes orgánicos. El ciudadano o más bien el destinatario de una decisión administrativa en la época anterior, no sólo se verificaba vulnerado cuando la administración autorregulaba una nueva función, sino también cuando se presentaba como tal; en otras palabras no existía certeza de la composición administrativa y esto redundaba en enormes atropellos para la comunidad.

Es muy probable que esta connotación instrumental del derecho, de enorme relevancia para la evolución de la administración pública, sea en parte la causa de la orientación descriptiva que desde una perspectiva jurídica se ha perfilado del estudio de la estructura administrativa.

87 El problema de la legitimidad política de la decisión administrativa en cuanto manifestación del poder político se soluciona por vía indirecta: si la ley goza de legitimidad en términos democráticos y da forma y contenido a la decisión administrativa, entonces goza de legitimidad política.

88 Ver Rincón, ob. cit., pp. 247-279.

89 Ver cap. 1 supra.

90 Forsthoff hace énfasis en cómo el aparato del estado que de manera

contundente realiza la forma social y de derecho del estado es la administración pública (Ernest Forsthoff, “Concetto e natura dello stato sociale di diritto”, en Stato di diritto in trasformazione , Milano, Giuffrè, 1973, C. Almirante y L. Reigert, trads., Rechtsstaat im Wandel , Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 57).

91 Ver Massimo Luciani, “Sui diritti sociali”, en aa.vv., Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso , Padua, Cedam, 1995, pp. 100 y ss.

92 Giannini, L’amministrazione pubblica dello stato contemporaneo , cit., pp. 95-100.

93 Retomamos este argumento en el capítulo 3 a partir del análisis de la actividad administrativa.

94 Ver Sabino Cassese (ed.), Tendenze recenti della riforma amministrativa in Europa , Bologna, Il Mulino, 1989.

95 Al menos sobre la base de la identificación entre rama ejecutiva y administración pública, propia de la concepción liberal del estado de derecho.

96 La variedad de las manifestaciones administrativas demuestra casos evidentes de ejercicio de poder político y otros que hacen pensar en todo lo contrario. Para ejemplificar esta afirmación baste pensar en una licencia ambiental y su confrontación con una campaña de vacunación.

97 Esta afirmación más que un gran aporte de la teoría burocrática de Max Weber debe concebirse como una afirmación históricamente verificable.

98 Vidal Perdomo señala su comprensión de función administrativa como sentido material del concepto “administración pública” sin presentar una definición hace una revisión de la organización administrativa, para efectos de poder explicar la dinámica administrativa (Jaime Vidal Perdomo, Derecho administrativo , Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis, 2004, pp. 74-75). Rodríguez no hace alusión a un concepto de función administrativa, pero también, cuando menciona a la administración pública “desde el punto de vista material o funcional” diferencia a ésta, con el legislativo y lo judicial, para luego proceder a una revisión de la organización administrativa. Sobre la acción de este concepto señala: “administrar consiste en tomar las medidas y ejercer las acciones necesarias para manejar en la práctica el estado y lograr sus fines, con fundamento en las reglas generales expedidas por el legislador” (Libardo Rodríguez, Derecho administrativo. General y colombiano. Bogotá, Temis, 2002, p. 15). Por su parte, Santofimio, ob. cit., t. 1, pp. 32-36, también sin mencionar un concepto de función administrativa y previa la advertencia de la dificultad de definir de manera inequívoca a la “administración pública” dadas las diferentes acepciones corrientes del mismo, se aproxima a una idea material así: “Solo existe administración pública allí donde el objeto y la finalidad de los órganos y de las actividades públicas se justifican y se desarrollan frente a las necesidades de la población”. Luego al revisar las distintas acepciones referidas en detalle incluye una idea orgánica o subjetiva de administración pública.

99 Una propuesta doctrinaria de este tipo evidencia una marcada influencia weberiana en la que el presupuesto necesario para la consideración del aparato administrativo (burocrático) es la identificación de unas actividades que se concretan en funciones. Nosotros hemos utilizado esta metodología, ver Montaña, El concepto de administración pública en el derecho

comunitario europeo , cit.

100 La tendencia de concebir dentro del estudio del derecho administrativo, en primer lugar a los sujetos del mismo (administraciones públicas) tiene una marcada influencia jusprivatista que ofrece más problemas que ventajas. Ver Claudio Franchini, “L’organizzazione”, cit., pp. 253-254. El estudio de los sujetos debe hacerse, pero como consecuencia directa de la identificación de la función administrativa, si esta idea se invierte lo que se hace es describir el derecho de las administraciones públicas y no un derecho administrativo cuya característica principal es la de detentar reglas, elementos y principios que lo hacen diferente al derecho común; como señala Romano, ob. cit., pp. 11-12, puede verificarse la existencia de un estado con una sólida y compleja administración pública, pero no por ello éste detenta un derecho administrativo.

101 Por “pureza” entendemos la originalidad de algunos trabajos que frente al nacimiento relativamente reciente de la disciplina jurídico administrativa, no contaban con muchos desarrollos doctrinarios como referente y consecuentemente su capacidad creadora, analítica e intuitiva era decididamente mayor. Esta realidad que tiene una ubicación cronológica (inicios del siglo XX) en buena medida detenta también un referente geográfico; en Francia donde el nacimiento y consolidación de la jurisdicción contencioso administrativa dio lugar a un proceso de maduración del derecho administrativo (ver cap. 5 infra) y la atención a presupuestos de procedencia como las prerrogativas públicas o el servicio público no hubo en esta época un desarrollo doctrinario exhaustivo del concepto de función administrativa. Este desarrollo se dio principalmente en Alemania, Austria e Italia.

102 La importancia que han tenido construcciones teóricas o filosóficas como las de Aristóteles o Santo Tomás sobre la materia es indiscutible. Sin embargo, la aproximación a estas y otras con la intención de extraer de ellas

pilares y rasgos del estado con pretensiones universalistas, no es compatible con nuestro pensamiento jurídico ni con la metodología de este trabajo de marcado talante positivista. Sobre la influencia aristotélica de la escolástica en relación con este punto ver Augusto Hernández, ob. cit., p. 144. Así mismo, sobre el concepto de bien común y su vocación jusnaturalista, en el contexto de la génesis del concepto de interés general puede consultarse Conseil d'État. Rapport public, 1999, cit., pp. 247-253.

103 Esta afirmación no va en contravía de la posibilidad anotada de verificar rasgos de administración pública aun en momentos históricos anteriores a la formación de los estados constitucionales y de derecho. Para efectos jurídicos y en concreto del derecho administrativo, la función administrativa como objeto de este, para existir debe contar con la existencia de un estado constitucional y de derecho.

104 Orlando, ob. cit., p. 63, retoma una idea de Giovanni Manna: que es justamente esta verificación jurídico positiva la que da forma y sentido a un derecho público comprendido como un derecho del estado; mientras que la Constitución actúa como la anatomía a la medicina, es decir, como explicación estática del fenómeno estatal, es la administración pública (función administrativa) la que da dinámica y desarrollo activo a esta idea. La materialización de los fines del estado consagrados constitucionalmente constituye desde esta perspectiva el principal rasgo característico del fenómeno administrativo.

105 Merkl hace referencia en este contexto, a una administración en sentido amplio así: “Se entiende por administración, en su sentido más amplio, toda actividad humana planificada para alcanzar determinados fines humanos”. Él mismo, reconoce que esta visión trae los problemas anotados, de identificar al estado con una parte de él; la administración pública (Adolfo Merkl, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 8).

106 Orlando, ob. cit., pp. 64-71, señala que no puede considerarse siquiera esta contradicción; a la teoría de la división del poder público le son atribuibles unos problemas que no pueden cederse al derecho administrativo. El concepto de administración pública –de función administrativa– debe concebirse de manera independiente a los alcances de esta teoría, toda vez que señala una realidad distinta del estado. Curiosamente como lo referiremos más adelante, una vez señalada por este autor esta idea, este pasa a diferenciar la administración pública de las funciones judicial y legislativa.

107 Expresamente la Constitución Política de Colombia establece que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales” (art. 209 C. P.) y el capítulo referente a ella (cap. 5) se encuentra inmerso en el Título VII relativo a la Rama Ejecutiva del poder público.

108 Como acertadamente lo señala Orlando (ob. cit., pp. 66-71), dentro del sistema del derecho público se encuentra el derecho administrativo y el constitucional y los fenómenos legislativos y judiciales históricamente han sido objeto de estudio de este último. Si se pretende definir una relativa independencia y autonomía del derecho administrativo –en relación constitucional– se hace necesario deslindar los objetos de estudio de una y otra disciplina con criterios claros.

109 Probablemente el autor que detenta la autoría de esta construcción teórica es Merkl (ob. cit., pp. 9-10) quien desde su perfil positivista evidencia la importancia de conceptualizar la administración pública en un sentido material, de modo que pueda concebirse un derecho administrativo como un cuerpo de normas coherente que hacen relación a ésta. En este sentido de un concepto “amplio” de administración pública ya indicado en el numeral anterior, el autor señala que debe pasarse a un concepto “muy

estrecho” de administración pública, según el cual éste se identifica con la concreción de las finalidades del estado que no sean legislativa ni judicial. Definir las funciones legislativa y judicial es una tarea posible para el autor, mientras que hacerlo en el caso de la función administrativa no lo es, dada la heterogeneidad de ésta, e inclusive su aproximación conceptual con la función judicial, en la medida en que ambas ejecutan la ley al llevar un precepto de conducta general y abstracto a un caso concreto y específico.

110 Esta expresión de Romano, ob. cit., p. 5, denota de manera evidente esta crítica. El autor señala que al interior de la función ejecutiva se encuentra la actividad política o de gobierno, es decir aquella que es de “orden superior” y que concierne a la dirección suprema y general del estado; esta actividad nada tiene que ver con la administrativa que tiene por objeto en cambio “singulares intereses públicos, es decir, intereses particularmente determinados y circunscritos que hacen parte de una esfera subordinada a aquella en la cual se desarrolla el poder político” (el texto entre comillas es traducción propia). Se podría anotar que de esta crítica, de enormes repercusiones doctrinarias, y que se funda en la distinción de origen francés de “actos de gobierno” y “actos administrativos” se deriva más bien una crítica a la teoría de la división del poder público, donde una función amplia y atinente al estado en general ha sido adherida al órgano ejecutivo, más que a la función ejecutiva.

Esta interpretación pareciera hacerse más evidente en estados que han optado por una forma de gobierno presidencialista, donde funciones de estado, de gobierno y administrativas yacen en cabeza del presidente de la república; en el caso colombiano se llega inclusive a elaborar una lista con rango constitucional de estas funciones (art. 189 C. P.) sin distinguir a qué dimensión corresponden; esta distinción se hace cada vez más difícil, pues la separación exacta entre unas y otras es progresivamente compleja. Ver Santofimio, ob. cit., t. 1, pp. 145-147.

111 El ejercicio de las relaciones internacionales no sólo implica la participación de las tres ramas del poder público, sino implica una secuencia de actos públicos que detentan diversa naturaleza. Sin duda alguna dentro de esta secuencia pueden percibirse actos catalogables como

ejercicio de función administrativa con mayor o menor relevancia, pero no por ello esta actividad puede calificarse de este modo. Ver Germán Vallejo Almeida, “El régimen de adopción de tratados internacionales en la Constitución de 1991”, en II Jornadas de derecho constitucional y administrativo , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 703-720.

112 Anotábamos en el literal anterior de este capítulo, cómo desde la configuración en un sentido moderno del estado comienza a confundirse la actividad administrativa con la actividad de gobierno y/o política; esta confusión se evidencia con mayor fuerza en época posrevolucionaria cuando el fenómeno administrativo comienza a identificarse con la rama ejecutiva del poder público; es difícil desdibujar en este sentido, la esencia de poder político inserto en una manifestación administrativa. Cuando en la práctica se observa a una entidad administrativa (en sentido subjetivo) imponer su voluntad con efectos vinculantes a un particular, es evidente la presencia de un ejercicio de autoridad cuya fuente no es otra que el poder político.

Por su parte, la exigencia teórica de separar gobierno y administración, principalmente desarrollada por la escuela weberiana, ha nacido sin duda alguna de una verificación práctica de la necesidad de tecnificación de la administración pública; esta sigue siendo una idea de enorme importancia para la ciencia administrativa, pero no por ello se puede desconocer la existencia del elemento político en la acción administrativa tal y como lo evidencian las corrientes doctrinarias de las políticas públicas y algún sector doctrinario de la ciencia administrativa conocido como “pos-weberiano”.

113 Señalamos “existió” porque consideramos que este es un aspecto superado. En efecto, en relación con el control judicial de los actos administrativos se establecía en la redacción original del Código Contencioso Administrativo (Dcto. 01 de 1984): “esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero solo por vicios de forma”. Como se observa, la distinción doctrinaria de origen francés tuvo cabida en nuestro ordenamiento jurídico, hasta el punto de impedir un control jurisdiccional efectivo a los

denominados “actos de gobierno”. Esta situación que tuvo en Colombia un gran impacto en relación con la celebre decisión administrativa de la Cancillería sobre el islote de “Los Monjes” (diferendo territorial con Venezuela) comenzó a observar disentimientos en relación con tesis jurisprudenciales que apoyaban la distinción (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Sentencia del 28 de enero de 1976, C. P.: Carlos Galindo Pinilla. Y sentencia de la misma Sección del 28 de octubre de 1977 con el mismo consejero de estado ponente y salvamento de voto de Humberto Mora Osejo). Estos “disentimientos” se hicieron, evidentes primero, en el salvamento de voto aludido y luego en una decisión de la misma corporación: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Auto del 13 de septiembre de 1985, expediente 5045. Lo que probablemente condujo a la reforma de la mencionada disposición del Código Contencioso Administrativo, a través del artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, en el que textualmente se indicó: “Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno” (similar redacción existe en el artículo 82 de este Estatuto, vigente en la actualidad, con la reforma introducida por la Ley 1107 de 2006). En la actualidad, la doctrina presenta el tema de la distinción de los actos administrativos y los actos de gobierno, como un problema superado. Ver Vidal Perdomo, Derecho administrativo , cit., pp. 484-485.

114 En nuestra opinión los autores de inicios del siglo XX que recogen de manera más sistemática estas ideas y que coinciden con nuestra aproximación metodológica a la función administrativa de índole normativo son Romano y Forsthoff, quienes con base en la exposición reiterada de diferencias entre las funciones judicial, legislativa y ejecutiva y su confrontación con la función administrativa, exponen reflexiones originales, no coincidentes pero importantes para nuestros propósitos.

115 Romano, ob. cit., p. 2.

116 Baste pensar en la naturaleza más o menos concreta del reglamento en atención a la ley a la que éste da desarrollo. El reglamento desborda en la actualidad connotaciones formales y trasciende la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República y se manifiesta a través de proposiciones normativas que encuentran fundamento algunas veces desde la Constitución y otras en la ley. Pueden consultarse al respecto nuestros trabajos: “Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de los servicios públicos”, Revista Contexto , n.º 14, 2002, pp. 51-58; El concepto de servicio público en el derecho administrativo, cit., pp. 101-107. Libardo Rodríguez, “Los reglamentos autónomos”, vi Foro iberoamericano de derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 933-964; Jaime Orlando Santofimio, Tratado de derecho administrativo , cit., t. 1, pp. 432-440; Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda; en este fallo aunque se resuelve la constitucionalidad de un elemento tarifario en materia de servicios públicos domiciliarios, esta Corporación presenta una extensa y delicada doctrina en torno a la capacidad normativa de entes autónomos e independientes (regulación). Salvamento de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero, Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente 0029. De manera más completa, aunque siempre conexa con el tema de los servicios públicos domiciliarios, ver Enrique Gil Botero, “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: Los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial”, Revista digital de derecho administrativo , n.º 3, 2009, Bogotá, [www.uexternado.edu.co].

117 No existen dudas de que la función judicial se ejerce de manera principal frente a la existencia de una relación contenciosa o litigiosa, pero puede también no serlo como en el caso de la jurisdicción voluntaria. Así mismo la cotidianeidad es una característica muy fuerte del fenómeno administrativo, mientras que la excepcionalidad lo es del judicial; sin embargo esto es tendencial y consecuentemente relativo.

La aproximación conceptual entre las funciones judicial y ejecutiva, es sin embargo evidente desde esta perspectiva de “actuación” de la ley, no en vano

autores del talante de Orlando (ob. cit., pp. 69-71) indican que el rasgo distintivo del fenómeno administrativo es su dinámica, es la actuación, pero en relación con la función judicial no queda opción distinta que definirlo de manera negativa o residual.

118 Este rasgo distintivo de la función administrativa desde esta óptica guarda una relación directa con una apreciación subjetiva del ciudadano frente al estado. La identificación de intereses legítimos junto a derechos subjetivos, de los particulares frente a los fines del estado propia de la experiencia jurídico administrativa italiana, en buena medida resulta acorde con esta aproximación.

En aquellos países donde esta percepción administrativa no existe, esta afirmación tiene menos repercusiones y su entendimiento no resulta tan fácil. No por esto, consideramos inviable atender esta aproximación teórica, de la cual podemos destacar sin duda alguna aspectos importantes para otras experiencias como la colombiana.

119 Romano, ob. cit., p. 3.

120 Sobre esta consideración, citamos a Romano (ob. cit., pp. 3-4): “ la funzione legislativa può dirsi oggettiva e imparziale, nel senso che lo Stato esercitandola, non entra mai in rapporti concreti, in cui egli, in quanto legislatore, sia parte. La legge non fa che regolare rapporti che poi o si svolgono fra soggetti diversi dallo Stato (p. es., fra privati) o implicano lo Stato, però non con la veste di legislatore, ma con altra veste e in quanto si concreta in organi diversi dal potere legislativo come tale. Invece, dalla funzione amministrativa scaturiscono una serie di rapporti, nei quali figurano come parti lo Stato o gli altri soggetti che esercitano la funzione medesima [...] Questo carattere dell’oggettività o imparzialità, così inteso, oltre che della funzione legislativa, è proprio anche della funzione giurisdizionale e quindi serve altresì per distinguere quest’ ultima dall’ amministrazione. La giurisdizione ha per oggetto la tutela dell’ordinamento

giuridico ed è, in certo senso, la prosecuzione, in confronto di persone determinate e per casi singoli, della funzione legislativa. Il suo fine essenziale è la difesa del diritto oggettivo; la protezione dei diritti ed interessi soggettivi, al meno secondo l'opinione che sembra più giusta, è un suo momento secondario e consequenziale, anche quando è condizione necessaria perchè la giurisdizione possa esercitarsi, e, comunque, alla tutela di essi il giudice, appunto perchè giudice, non provvede mai come parte: la funzione giurisdizionale si esercita, come si esprimono i testi del nostro diritto, nell' 'interesse della legge' cioè oggettivamente. Il giudice come il legislatore è 'supra partes', l'amministratore è parte". No se quiere significar con esto, que la actuación administrativa deba o pueda desarrollarse de manera subjetiva o arbitraria si se quiere, ni tanto menos de manera parcializada; lo que se subraya es que quien ejerce la función administrativa se presenta a otros sujetos como parte, que pretende realizar sus propósitos pero no por esto controvertir, sino por el contrario respetar íntegramente el ordenamiento jurídico.

121 Un ejemplo de la debilidad aludida de esta afirmación lo constituye el reglamento como típica manifestación administrativa. Podríamos decir, no sin algunas dudas, que este detenta un menor grado de abstracción y en esa medida hay una mayor interacción administración - ciudadanía, o cuando menos una mayor cercanía; esto, sin embargo, no es suficiente para sustentar de manera unívoca que función administrativa es interacción de sujetos que desarrollan finalidades públicas con la ciudadanía. En la cuarta parte retomaremos este argumento y señalaremos cómo la distinción de los comportamientos administrativos a propósito de actos generales y particulares es evidente, hasta el punto de poder concebir dos lógicas distintas.

122 Romano, ob. cit., p. 4. Forsthoff no atribuye esta consideración teórica a Romano sino encuentra un antecedente de ésta en Stahl, Philosophie des rechts , 1978, pp. 607 y ss., este autor haciendo referencia a las diferencias entre la función administrativa y la judicial, señala que mientras el derecho objetivo para ésta es un fin en sí mismo, para aquella, es solamente un límite

a sus poderes (Ernest Forsthoff, Traité de droit administratif allemand , Michel Fromont, trad., Brussels, Établissements Émile Buylant, 1979, pp. 38-40).

123 Para Forsthoff esta afirmación comporta un distanciamiento injustificado entre Constitución y sociedad (Forsthoff, Traité de droit administratif allemand , cit., pp. 38-40).

124 Obviamos aquí la última afirmación señalada: la de la relación instrumental entre la función administrativa y el derecho, pues compartimos la crítica de Forsthoff anotada, y ni siquiera creemos que esta ofrezca una aproximación parcial a un concepto de función administrativa.

125 Forsthoff indica que la función administrativa –comprendida como una función distinta a la legislativa y la judicial– ha sido entendida como una actividad o unas actividades que limitan los “derechos del individuo”; sin embargo, señala que esta visión ha sido superada en la actualidad con el reconocimiento de los servicios públicos (Forsthoff, Tratado de derecho administrativo , Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 27-30).

126 Si bien no total, sí parcialmente, como consecuencia de una marcada influencia de unas disposiciones de derecho positivo en materia penal. Este tema se retomará en el cap. 4 infra.

127 La expresión utilizada es en efecto la de función pública. Sin embargo esta no denota una idea general de la función del estado, tal y como la hemos utilizado en este trabajo, sino una concepción restringida, atribuible a las administraciones públicas. Por este motivo y para efectos de evitar

confusiones terminológicas en este trabajo, hacemos referencia aquí al concepto de función pública, como función administrativa en sentido restringido.

128 Sabino Cassese, Le basi del diritto amministrativo , Milano, Garzanti, 1995, p. 118; Giuseppe Caia, “Funzione pubblica e servizio pubblico”, en Diritto amministrativo , Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco y Scoca, Bologna, Monduzzi, 1993, pp. 725-729.

129 Esta desborda los propósitos metodológicos de este trabajo.

130 Categorías subjetivas que son las piedras angulares de la dinámica del derecho administrativo. Sobre estos conceptos ver Gianfranco Cartei y Gianluca Gardini, “La tutela del interés legítimo en el ordenamiento italiano: nuevas perspectivas para el ciudadano”, Revista de Administración Pública , n.º 167, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, pp. 423-439.

131 Las denominadas golden share en los procesos de privatización de entes públicos prestadores de servicios o el riguroso trámite de normatividad comunitaria sobre appalti pubblici son manifestaciones concretas de esta situación, que han ofrecido importantes producciones doctrinarias que evidencian al menos el quebrantamiento de consideraciones teóricas tradicionales.

132 Baste pensar en el tratamiento jurídico privado a argumentos tradicionalmente objetos del derecho administrativo por influencia francesa como el contrato estatal y la responsabilidad contractual del estado.

133 El derecho colombiano no es ajeno del todo a esta posición, al menos para resolver otro tipo de problemas. Con ocasión de las numerosas dudas que se presentan sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado se ha aproximado a un concepto de función administrativa tomando partido, expresamente, por una identificación de éste con el de prerrogativas públicas y negando aproximaciones subjetivas y teleológicas (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 17 de febrero de 2005, expediente 27.673, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez). Se insiste en que la aproximación conceptual por la que opta esta corporación en esta providencia (función administrativa = ejercicio de prerrogativas públicas), no la hace en el contexto al que se alude en este capítulo del trabajo que es el del objeto del derecho administrativo, sino para resolver un problema de jurisdicción derivado de la interpretación del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo anterior a la reforma introducida por la Ley 1107 de 2006. Así mismo, se indica que en esta providencia pareciera optarse por un tratamiento idéntico a las expresiones función pública y función administrativa, al que se hará referencia enseguida y que no se comparte.

134 No necesariamente conducibles a construcciones doctrinarias, sino muchas veces presentes en consideraciones prácticas.

135 Cassese (ob. cit., p. 119) evidencia esta influencia y advierte la connotación restringida que alcanza aquí el concepto de función pública de origen francés.

136 El capítulo 2 del título v (relativo a la organización del estado) de la Constitución Política colombiana, se denomina De la función pública; y si se observan los artículos que lo componen (arts. 122-131) hacen alusión a fenómenos laborales administrativos y, de manera particular, a estabilidad

en el cargo y organización independiente de la carrera administrativa.

137 Existe en la estructura de la administración pública del orden nacional un departamento administrativo de la función pública, así como singulares dependencias de administraciones públicas que detentan esta denominación y aluden a fenómenos laborales más que a la función del estado en general.

138 Ver, por ejemplo, Diego Younes Moreno, Derecho laboral administrativo: la función pública , Bogotá, Temis, 1998.

139 Desde una perspectiva material ya se ha hecho referencia a un completo capítulo, relativo a este tema (arts. 209 y ss. C. P.) y desde una perspectiva orgánica, baste pensar a título de ejemplo a la función legislativa de crear la “estructura de la administración” pública del orden nacional (num. 7 art. 150 C. P.).

140 Art. 210 constitucional.

141 Art. 116 constitucional.

142 Si bien este aspecto no tiene una disposición inequívoca que lo establezca, es una realidad constitucional, que se deriva de la dirección que de la economía detenta el estado (art. 334 C. P.), y la posibilidad del legislador de crear al interior de la estructura de la administración, empresas del estado que desarrollen objetos industriales y comerciales (num. 7 art. 150 C. P.).

143 Se señala en el artículo 209 constitucional: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

144 Sin duda alguna los intereses generales que orientan el concepto de función administrativa, así como los principios que se predicán de ella, guardan una estrecha relación con los postulados orientadores del estado colombiano, contenidos en el preámbulo, pero sobre todo con los fines del estado contenido en el artículo 2.º constitucional.

145 Este argumento constituye el objeto central del capítulo 3 de este libro.

146 Principalmente a partir del reconocimiento que la Carta Política hace de la teoría de la división del poder público (art. 113 C. P.).

147 No en vano en el artículo 209 constitucional se hace referencia expresa a la habilitación legal para que un particular pueda ejercer funciones administrativas.

148 Estos son los argumentos que se refieren en los capítulos 3 y 4 infra.

149 Ver cap. 4 infra.

III. LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS COMO CONCRECIÓN JURÍDICO POSITIVA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

151 Esta tendencia es verificable en la doctrina comparada principalmente francesa e italiana. En la primera pareciera estudiarse una “acción administrativa” comprendiendo por esta, la materialización de las actividades que son desarrolladas por las administraciones públicas, ver Jean Rivero y Jean Waline, Droit administratif , Paris, Dalloz, 1996, p. 385. En este mismo sentido, aunque haciendo énfasis en una relación directa de estas actividades de las administraciones públicas, con los fines del estado o con el “interés general” ver André de Laubadère, Jean Claude Venezia y Yves Gaudemet, Traité de droit administratif , Paris, LGDJ, 1994, p. 741. De manera más enfática este nexo orgánico teleológico ver René Chapus, Droit Administratif Général , t. 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. 469. Así como Yves Gaudemet, Droit Administratif , Paris, LGDJ, 2005, p. 303. En lo que respecta a la doctrina italiana, como se anotó en el capítulo anterior, ésta desde sus orígenes ha demostrado una tendencia hacia una consideración subjetiva u orgánica del concepto de administración pública, y los conceptos de función administrativa y servicio público son manifestación práctica de la tipología de actividad de las administraciones públicas desde esta perspectiva. En este sentido, Alessi, así como muchos otros autores de la primera mitad del siglo XX , hacían referencia a la actividad administrativa, y dentro de su estudio, mezclaban asuntos relativos a las materias desarrolladas por las administraciones publicas, verbigracia los servicios públicos, con asuntos relativos a la forma como se materializaban estas actividades; actos administrativos principalmente (Renato Alessi, Sistema istituzionale di diritto amministrativo , Milano,

Giuffrè, 1960, edición española Instituciones de derecho administrativo , Barcelona, Bosch, 1970, p. 239. En este sentido, y en época más reciente puede consultarse: Bernardo Giorgio Mattarella, “L’Attività”, en Diritto amministrativo Generale , Sabino Cassese (ed.), t. 1, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 629-632. Por este enfoque no es atípico encontrar en la doctrina italiana estructuras que incluyan el estudio del procedimiento administrativo, al interior del capítulo de actividad administrativa. Cfr. L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (eds.), Diritto amministrativo , t. 2, Bologna, Monduzzi, 1993, pp. 981-990. En lo que respecta al caso colombiano, la doctrina convencional muy de cerca de las producciones francesas ha referido la “actividad administrativa”, en el contexto de una acción administrativa, distinguible de una actuación administrativa, donde se esboza principalmente el estudio de actos administrativos; (este aspecto se analizará en el siguiente capítulo); así mismo y en el contexto específico de la actividad administrativa, se hace alusión a actividades desarrolladas por las administraciones públicas, casi siempre identificables con el servicio público y la policía administrativa, y en algunas oportunidades, con actividades de fomento. Ver Vidal Perdomo, ob. cit., pp. 203 y ss. En este sentido resulta novedoso en la doctrina nacional la comprensión de la actividad administrativa, como materias desarrolladas por las administraciones públicas, que comprenden una amplia gama de categorías. Ver Santofimio, ob. cit., t. 1, pp. 38-46.

152 En el caso colombiano es común la referencia a hipótesis de contratación estatal desarrollada por el legislador o relaciones laborales (administrativas) a su interior; lo mismo ocurre en la rama judicial y es no sólo constatable, sino también susceptible de verificarse de manera cotidiana.

153 Adoptamos aquí la calificación de autónomos a aquellos entes que la doctrina conoce principalmente como autoridades independientes entendidas como género de entidades que cumplen funciones públicas diversas, sin pertenecer a ninguna de las tres ramas del poder público. Ver Marchetti, ob. cit., pp. 23-50. La razón de ser de esta referencia

terminológica es para resultar coherentes con los desarrollos doctrinarios de la Corte Constitucional, principalmente con los contenidos en la Sentencia C-150 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda. En este fallo de constitucionalidad en el que se resolvió la demanda presentada contra unas disposiciones relacionadas con el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, principalmente, esta corporación desarrolla de manera amplia la distinción entre entes autónomos, independientes y entidades administrativas comunes.

154 La Constitución Política de Colombia no concibe dentro de ninguna de las tres ramas del poder público a los organismos pertenecientes al Ministerio Público, ni a organismos de control como la Contraloría General de la República (Título x “De los organismos de control” arts. 267 a 284 C. P.). Las decisiones que profieren estos entes son susceptibles de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa y si bien no hacen parte de la estructura de la administración pública del orden nacional en un sentido formal (art. 38 Ley 489 de 1998), algún sector de la doctrina y la jurisprudencia asimila sus manifestaciones a efectivos actos administrativos.

155 Aunque resulte extraño es mucho más claro que en los casos anteriores la verificación de ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, por cuanto estos, de manera expresa pueden hacerlo según lo indica la Constitución Política en los casos que expresamente indique la ley (art. 210 C. P.). A título de ejemplo puede pensarse en la capacidad que tienen de incluir cláusulas excepcionales empresas aun privadas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios (art. 31 Ley 142 de 1994). En no pocas oportunidades la jurisprudencia nacional ha señalado que esta hipótesis constituye un ejercicio indiscutible de funciones administrativas por parte de particulares; ver Consejo de Estado, Sala Plena, Auto del 23 de septiembre de 1997, expediente S-701, C. P.: Carlos Betancour Jaramillo. Ver Alberto Montaña Plata, “El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios. Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración a su destinación”, en IV Jornadas de derecho constitucional y administrativo ,

Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 581-604.

156 Para ejemplificar esta afirmación baste pensar en el desarrollo de actividades por parte de administraciones públicas en la actualidad de servicios de seguridad social y, aun más, de actividades de manufactura y comercialización de bienes y servicios.

157 Este principio encuentra asiento en la Constitución Política colombiana principalmente en el artículo 121.

158 Nos servimos aquí de la denominación que Schmidt-Assman, ob. cit., pp. 5-10, da a algunas de las funciones que se le atribuyen a una teoría general del derecho administrativo como sistema.

159 Sobre los distintos sentidos de este término y la consecuente incidencia metodológica en su estudio ver Pierre Laurent Frier y Jacques Petit, Précis de droit administratif, Paris, Motchrestien, 2006, pp. 239-240.

160 En Colombia es común la consideración de la policía administrativa como una de las típicas actividades administrativas motivo, en nuestra opinión, suficiente para forzar su análisis ya que ha penetrado de manera incisiva la evolución de las instituciones jurídico administrativas y ha irradiado la comprensión de un derecho administrativo nacional, que en buena medida se ha estructurado para prevenir “abusos de autoridad” cuando quiera que se pretende instaurar un “orden” social.

161 Con base en lo establecido en la primera sección de capítulo, cuando se hace alusión a clásicos se hace referencia a doctrinantes de inicios del siglo xx , donde sin duda las dos principales figuras son Maurice Hauriou y Gaston Jèze.

162 Ver Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public , cit., pp. 467-470. Esta afirmación se presenta en el contexto de un análisis evolutivo de la ciencia jurídico administrativa, y no desde una perspectiva histórica de la función administrativa, en la que sin dudas, en el contexto de un estado liberal clásico se verificaban con mayor facilidad actuaciones administrativas conducentes a garantizar y preservar un orden, que a servir a la comunidad.

163 Ibíd., p. 472.

164 Según el autor, mientras la función judicial del ejercicio del derecho penal tiene una connotación represiva o correctiva, la de la policía administrativa es por excelencia preventiva.

165 El éxito doctrinario de la escuela del servicio público fue indiscutible, hasta el punto que autores, tradicionalmente considerados antagónicos de ésta como Maurice Hauriou, también reconocieron la identificación del servicio público con la actividad material y teleológica de las administraciones públicas, aunque también aludieran a aspectos institucionales y prerrogativas públicas (concepto de régimen administrativo de este autor). Ver Hauriou, ob. cit., 1921, pp. 13-34.

166 Chapus, ob. cit., pp. 698-699.

167 Como se mencionaba antes, la historia de la doctrina colombiana ha sido recurrente en concebir la policía administrativa como una típica actividad administrativa: por la época de su publicación, despierta interés la obra de Francisco de P. Pérez, Elementos de derecho administrativo , Bogotá, 1928, pp. 127-135, donde se hace alusión inclusive a una policía administrativa sanitaria. En el mismo sentido y en una época más reciente se puede citar a Gabriel Rojas Arbeláez, El espíritu del derecho administrativo , Bogotá, Temis, 1972, pp. 179-190, así como a Vidal Perdomo, ob. cit., 1977, pp. 203-222. Sin embargo, vale la pena señalar que algunos doctrinantes, probablemente influenciados por la trascendencia teórica de los servicios públicos, hicieron alusión única al servicio público como manifestación por excelencia de la actividad administrativa; en esta corriente resulta obligada la cita de la obra de Argüello y Buenahora, ob. cit., pp. 5-6, resulta extraña la constatación de esta misma comprensión en una obra más contemporánea como la de Sarria y Sarria, ob. cit., pp. 99-143.

168 Según lo señalado hasta el momento, la policía administrativa se manifiesta a través de normas administrativas y de actos materiales de coerción, situación ésta que comporta, que ni siquiera desde el ámbito de los medios utilizados o la forma como se manifieste la actividad de policía administrativa, es de fácil distinción el ejercicio de funciones legislativa, judicial y administrativa orientadas a la preservación del orden público. El estudio del reglamento como categoría genérica de manifestación normativa de la función administrativa, así como del derecho administrativo sancionador y de las denominadas funciones judiciales de las administraciones públicas, son entonces de un interés inmenso para el derecho administrativo contemporáneo, toda vez que visiones tradicionalistas de la división del poder público riñen en la actualidad con tendencias indiscutibles del ejercicio de la función administrativa, que en términos materiales son muy similares a expresiones legislativas y judiciales si se consideran en términos tradicionales. Sobre la identidad propia de la policía administrativa, en el contexto de la actividad administrativa señala Nieto: “Durante varios siglos se ha venido considerando sin vacilaciones que

las sanciones impuestas por los órganos de la administración lo eran en el ejercicio de la potestad de policía. Una actitud perfectamente lógica si se tiene en cuenta que la policía se identificaba con la administración interior y operaba como la alternativa a la Jurisdicción [...] Esta concepción, perdió, sin embargo, su razón de ser cuando evolucionó la idea universal de la policía para convertirse en una variedad de entre las múltiples actividades administrativas, rompiéndose así la vieja identidad entre policía y administración interior” (Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador , Madrid, Tecnos, 2008, p. 173).

169 Sobre la importancia de la moralidad en una lectura moderna del concepto de orden público, puede consultarse Frier y Petit, ob. cit., p. 243. Así mismo, en el derecho colombiano es indiscutible el desarrollo que ha tenido el principio constitucional y también derecho e interés colectivo de la moralidad administrativa donde principalmente a partir de un desarrollo jurisprudencial, en absoluto escaso en materia de acciones populares, se puede identificar el necesario imperativo administrativo no sólo de imponer medidas tendientes a la garantía de una moralidad administrativa, sino también de interpretar el ordenamiento jurídico superior con esta misma intensidad. En este contexto nos llama la atención la construcción jurisprudencial contenida en Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007, AP- 549, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

170 El orden público económico ha sido un aspecto ampliamente desarrollado por la doctrina contemporánea, y sin duda alguna es una de las variantes de mayor evolución y ampliación del concepto de orden público; para ejemplificar lo anterior, baste revisar la función de inspección control y vigilancia ejercida en Colombia por las Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio. En la doctrina comparada resulta interesante revisar algunas construcciones doctrinarias, de las que se evidencia de la sistematización de actividades del estado que deben ser objeto de estudio de un derecho público económico moderno, una tendencia inequívoca hacia la garantía y preservación de un orden público económico. Ver Massimo

Severo Giannini, Diritto pubblico dell'economia , Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 47-58.

171 Esta consideración es común en la doctrina francesa, como ejemplo, ver Gaudemet, ob. cit., p. 307.

172 Sobre esta idea puede consultarse Fernando Garrido Falla, “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, Revista de Administración Pública , n. o 11, Madrid, 1953, pp. 11-14.

173 Esta idea es ampliamente desarrollada por Rincón, ob. cit., pp. 193-246.

174 Ver Santofimio, ob. cit., t. 1, pp. 39-41.

175 Como ejemplo puede consultarse la providencia: Corte Constitucional, Sentencia T-873 de 1999, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

176 Si bien en la primera parte de ese capítulo se hizo alusión histórica a una concepción subjetiva u orgánica de la administración pública, allí también se indicaron, desde una perspectiva material, las transformaciones propias del fenómeno administrativo cuando quiera que el rol del estado no es más el de un admirador pasivo de la problemática social, sino el de ser un protagonista en la búsqueda de la realización de la igualdad en un sentido material, como es justamente la mutación que se aprecia con la sucesión de un estado de derecho por parte de un estado social y democrático de derecho.

177 No es el siglo XX con exactitud el momento histórico en que comienzan a concebirse los servicios públicos; reconocimientos expresos pueden identificarse incluso en época romana a partir del concepto de utilitas publica , o materiales con ocasión de las ya referidas banalidades señoriales y solidaridades urbanas, y aún conexas a un derecho administrativo a fines del siglo XIX por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos francés. Sin embargo, es sin duda la primera parte del siglo XX la que constata un reconocimiento con soporte teórico de una misión del estado (o si se quiere la única) que se manifiesta a través del servicio a la comunidad con el perseguimiento de la satisfacción del interés general. Ver Montaña, El concepto de servicio público en el derecho administrativo , cit., pp. 122-135.

178 Ibíd., pp. 143-145.

179 La escuela de Burdeos o realista, conformada entre otros por Duguit, Jèze, Rolland y Bonard todos ellos profesores de la Universidad de la ciudad a la que se le atribuye su nombre, fue la grande promotora desde una perspectiva doctrinaria del cambio de la función administrativa aludido. Sobre esta construcción teórica desde una perspectiva descriptiva y crítica, puede consultarse el trabajo de Montaña, El concepto de servicio público en el derecho administrativo , cit.

180 En efecto un concepto de servicio público comenzaba a ser utilizado por la jurisprudencia francesa desde fines del siglo XIX con la intención de encontrar en él, la capacidad de justificar la procedencia del derecho administrativo. Jèze consciente de esta realidad desarrolla la reconocida construcción doctrinaria del servicio público como “piedra angular” del derecho administrativo, en la que además se vale de los desarrollos teóricos de su colega constitucionalista Leon Duguit, para quien el servicio público constituía la razón misma del estado (Gaston Jèze, Les principes généraux

du droit administratif , 10. a ed., ts. 1 y 2, Paris, Dalloz, 2004, pp. 1-35).

181 Tal y como se señaló en el anterior literal.

182 Esta situación es desarrollada por J. L. de Corail, “L’approche fonctionnelle du service public: Sa réalité et ses limites”, ajda , número especial, 1997, Paris, Dalloz, 1997, pp. 20 y ss.

183 Esta realidad ha tenido amplios desarrollos en el plano de la ciencia administrativa; una organización administrativa que debe ser consecuente con los cambios políticos, económicos y sociales, en el campo específico del desarrollo de actividades industriales y comerciales, demanda desarrollos organizacionales y de gestión específicos. Ver Robert T. Golembiewsky, “El comportamiento y la teoría de la organización en el sector público: perspectivas de los problemas molestos y del progreso real”, en Administración pública. El estado actual de la disciplina , Naomi B. Lynn y Aaron Wildavsky (comps.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 185-220.

184 Los desarrollos en materia del contrato de concesión, así como de figuras administrativas que constituyen títulos habilitantes de prestación de servicios públicos (licencias principalmente) son muestra evidente de esta tendencia histórica.

185 Ver Jean Marie Pontier, Les services publics , Paris, Hachette, 1996, pp. 18-25.

186 Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 este tema ha sido comprendido por la Corte Constitucional, en el contexto de la asimilación de los servicios públicos a las actividades económicas, lo que desde un plano de derechos subjetivos, significa la extensión de libertades económicas tales como la libre iniciativa, la libertad de empresa y la libre competencia a los prestadores de los servicios públicos. Ver Alberto Montaña, “Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de Colombia”, Revista de derecho del estado , n. o 14, 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 197-210.

187 Ibíd.

188 Ver Luis Ferney Moreno, Servicios públicos domiciliarios , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 60 y ss. Este autor señala que la moderna categoría de servicios públicos domiciliarios no debe comprenderse como una especie de los servicios públicos por el hecho de que estos detentan una connotación económica, en los términos en que aquí se ha indicado. En sus palabras, “la nueva concepción de los servicios públicos domiciliarios se fundamenta en una combinación del sistema de common law , con la corrección a la doctrina clásica francesa realizada por la doctrina española e italiana”. Esta observación nos resulta anómala toda vez que del hecho de que algunos servicios públicos hayan adquirido una connotación económica, no se deriva de ninguna manera que estos se asimilen a modelos como el estadounidense; no nos resulta clara tampoco la comprensión general que el autor citado da a la common law (v. gr. Inglaterra detenta unas características históricas y presentes bien distintas), ni el señalamiento de la adaptación hecha por las doctrinas italiana y española, tan disímiles por demás.

189 La Corte Constitucional colombiana ha tenido un desarrollo formidable en relación con los derechos subjetivos relacionados con la prestación de los

servicios públicos, no sólo desde una perspectiva puntual, como por ejemplo los derechos que le asisten a los internos de un hospital a la energía eléctrica o el agua como derecho fundamental, sino también a la categoría genérica de los derechos de los usuarios de los servicios públicos y su rango constitucional, al respecto, vale la pena resaltar lo sostenido en la Sentencia C- 150 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda, providencia esta en la que si bien no se hace alusión específica al fenómeno sí se resalta esta naturaleza constitucional, principalmente en atención a la facturación de los servicios públicos domiciliarios. Por su parte, el Consejo de Estado ha hecho un análisis de la naturaleza colectiva de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, en el contexto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, donde se le atribuye también una identidad propia a los derechos que se analizan. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AP- 266 del 19 de abril de 2007, C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez,

190 Del artículo 365 constitucional se desprende no solamente una dimensión económica, sino también social de los servicios públicos en general, al establecerse que “son inherentes a la finalidad social del estado” y que “es deber del estado garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos en todo el territorio nacional”. Sobre esta dimensión de los servicios públicos, ver Alberto Montaña, “Los servicios públicos domiciliarios como instrumento del estado social de derecho. Desarrollo jurisprudencial”, en Anuario de Jurisprudencia Constitucional , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

191 Se debe indicar en este aparte del trabajo que la exposición que hacemos del servicio público como función administrativa no debe confundirse con el concepto de función pública, el cual desde una perspectiva constitucional detenta naturaleza y características bastante disímiles. En este contexto, deben apreciarse las críticas que en términos doctrinarios y jurisprudenciales ha sufrido esta posición doctrinaria, así como en el efecto práctico que pueda tener el hecho de concebir los servicios públicos como función administrativa, al cual se hará alusión más adelante. Ver Consejo de Estado, Auto del 17 de febrero de 2005, expediente 27.673,

C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

192 En no pocas providencias el Consejo de Estado ha manifestado que la configuración actual de los servicios públicos en Colombia (a propósito de los servicios públicos domiciliarios) en el contexto de nuestra Constitución Económica, no puede comprenderse más como “función pública” tal y como lo hacía la Escuela de Burdeos, sino por el contrario, como una actividad económica que ofrece ciertas peculiaridades; como ejemplo citamos la providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AP- 004 del 15 de agosto de 2007, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio. En nuestra opinión, esa idea es contentiva de al menos una confusión terminológica y una histórica; la primera de ellas, por cuanto desde una perspectiva constitucional, la expresión “función pública” detenta una connotación restringida (antitécnica por demás) en el sentido que se asimila al empleo público y al régimen de los servidores públicos en general; la preocupación que debía asistir a esta alta corporación la más de las veces debería ser, en cambio, si los servicios públicos son una función administrativa, o inclusive si son una función estatal; la segunda, toda vez que en estricto sentido, la Escuela de Burdeos no concibió a los servicios públicos como una función pública, sino como la justificación misma del Estado y del derecho administrativo. Al señalar que los servicios públicos son función administrativa no estamos desconociendo la connotación económica que detentan muchos de ellos, tan sólo estamos calificando esas “ciertas peculiaridades” que como actividades económicas ofrecen, conforme a la Constitución Política, y con la finalidad de observar la procedencia del derecho administrativo (en los niveles que sean determinados por el legislador).

193 En este análisis es célebre la referencia al fallo del Tribunal de Conflictos francés conocido como “Sociedad Comercial del Oeste Africano”, 1921, en el que por primera vez en términos históricos los altos tribunales franceses debieron categorizar para efectos jurídico administrativos y de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una típica actividad comercial desarrollada por la administración pública francesa.

Fue tan fuerte la incidencia de la concepción del servicio público como concepto totalizador de la función administrativa de la época, que se identificó una doble vía de éste: servicio público administrativo (o tradicional para la época) y servicio público industrial y comercial; este último no era otra cosa que la identificación de una nueva actividad económica de las administraciones públicas, y el primer razonamiento que se tuvo al respecto, fue que habida cuenta de su naturaleza material, no le correspondía, ni un régimen jurídico administrativo, ni el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ver Long et ál., ob. cit., pp. 228-237. La influencia francesa para Colombia en este argumento fue evidente, aunque tardía e imperfecta; si bien en la reforma administrativa de 1968 (a la cual se hará alusión más adelante) se concibió a las empresas industriales y comerciales del estado, a imagen de los establecimientos públicos industriales y comerciales franceses, para efectos de desarrollar actividades económicas y con el entendido de que el régimen de aquellas sería el derecho privado, no se tardó mucho en atribuir en específicos temas un régimen jurídico administrativo, como por ejemplo en materia de contratación.

194 Esta tendencia comenzó desde 1921 con la expedición del fallo “Sociedad Comercial del Oeste Africano” y persiste aún en la actualidad. Si la administración pública desarrolla en Francia actividades industriales y comerciales (servicios públicos industriales y comerciales) las reglas aplicables son las del derecho privado y la jurisdicción de conocimiento de los eventuales litigios que se presenten en desarrollo de sus actividades, es la jurisdicción judicial; vale la pena indicar, que dicha regla se extiende inclusive en materia de responsabilidad extracontractual del estado. Se debe indicar, sin embargo, que en algunos casos excepcionales, se pueden y se deben aplicar reglas de derecho administrativo, básicamente en materia de organización. Ver Frier y Petit, ob. cit., pp. 215-217.

195 Sin duda, una justificación orgánica resultaba improcedente porque en caso de que se utilizara ésta, el resultado sería el contrario, es decir, un régimen jurídico administrativo para actividades industriales y comerciales

desarrolladas por las administraciones públicas.

196 Desarrollado principalmente a través de los Decretos 1050 de 1968 y 3130 del mismo año.

197 Las cuales fueron contempladas como entidades “vinculadas” a la administración, en el artículo 1.º del Decreto 1050 de 1968 y cuyo objeto evidente era el desarrollo de actividades de naturaleza industrial y comercial. Recordemos que en Francia se denominaron, en cambio, establecimientos públicos industriales y comerciales, para diferenciarlos de los establecimientos públicos comunes, los cuales tendrían por objeto el desarrollo de actividades catalogables como servicio público (administrativo), estos sí, susceptibles de detentar un régimen jurídico administrativo.

198 Artículo 6.º del Decreto 1050 de 1968.

199 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde fines de los años treinta comenzó a advertir algunas diferencias sustanciales entre la responsabilidad de los particulares y aquella del estado que fueron abriendo paso a la idea de una atribución a la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la misma, con la expedición del Decreto 528 de 1964. Luego fue el Consejo de Estado principalmente, quien retomando algunas de estas ideas y trayendo no pocas innovaciones, fue dando construcción a un efectivo tratamiento diferenciado de la responsabilidad extracontractual del estado, de evidentísima creación pretoriana antes que de derecho positivo.

200 En materia de contratación estatal el Decreto 150 de 1976, si bien excluyó por regla general a las empresas industriales y comerciales de las reglas contractuales que allí se establecían, señaló que para algunas tipologías contractuales (contratos de obra, de empréstito y los demás que se señalaran por vía legal) sí se aplicarían éstas. Por su parte, el Decreto 222 de 1983 ratificó esta regla general junto con sus excepciones, para llegar a la Ley 80 de 1993, donde se extendió el régimen de contratación estatal a las empresas industriales y comerciales del estado.

201 La imprenta nacional es una empresa industrial y comercial del estado que si bien se ocupa de la impresión de publicaciones periódicas como el Diario Oficial , también oferta sus servicios de impresión a otros entes del estado o particulares.

202 Acerías Paz del Río era por excelencia la ejemplificación más evidente del desarrollo de una actividad económica por parte del estado en un escenario de libre competencia. Sin embargo, se debe advertir que esta empresa estatal que nació en 1948, hoy es una sociedad anónima con una inmensa participación de capital privado.

203 Esta disposición normativa, que es perfectamente acorde con el espíritu de la ley en la cual se inserta: establecer normas orientadas a una selección objetiva, donde quiera que se evidencie presencia de capital público, establece que sin importar su denominación social, cualquier entidad (empresa) en la que se constate capital público superior al 50% deberá seguir las reglas de la contratación estatal consignadas en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias. Sin embargo en ese contexto aclara que esta regla no se aplicará cuando quiera que la “entidad” desarrolle su actividad en mercados competitivos o en monopolios objeto de regulación económica. Se evidencia una consciencia clara del legislador, de excluir del régimen jurídico administrativo a aquellas empresas estatales o con participación de capital público en forma mayoritaria, que compitan con

particulares o que desarrollen actividades económicas en sectores de mercado monopólicos en los cuales exista al menos expectativa de libre competencia. Esta situación muestra una desatención del factor orgánico y una concentración en lo material, con plena consciencia de nuestra constitución económica.

204 Uno de los puntos que la Organización Mundial de Comercio ha subrayado como impedimento a la libre competencia es justamente el tratamiento jurídico diferenciado que algunos estados atribuyen a sus empresas de naturaleza industrial y comercial, dado que estas compiten con agentes económicos de naturaleza privada. Ver documento en línea [www.wto.org/spanish/tratop_s/statra_s/statra_info_s.htm].

205 Con esta afirmación, queremos negar que el capital público en términos constitucionales siempre deberá tener una atención especialísima del estado, lo que se traduce no solamente en materia de control fiscal, sino también en normas orientadas a su protección y a la garantía del derecho e interés colectivo de la defensa del patrimonio público.

206 Obviamente esta exclusión de agentes económicos privados de algún sector que pasa a entenderse por fuera de las reglas del mercado, para pasar a una lógica monopolística estatal, debe guardar algunos preceptos y se deben respetar derechos patrimoniales involucrados; en efecto se establece en el mismo artículo 336 constitucional: “La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita”.

IV. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. LAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS COMO CARACTERIZACIÓN PRINCIPAL DEL SUBSISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

207 Con la expresión “derecho común” se hace referencia, principalmente, al derecho privado, de manera similar a como, con anterioridad en este mismo libro, se ha manejado este concepto.

208 No nos referimos aquí a los sujetos privados, sino al ámbito de actividades privadas en general, toda vez que como se ha señalado de manera incisiva, los particulares también pueden ejercer función administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 210 constitucional.

209 Se establece en el artículo 6.º de la Constitución Política colombiana: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Así mismo, se señala en el artículo 121 constitucional: “Ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”. Con base en este sustento de derecho positivo de naturaleza constitucional nos permitimos marginarnos, de un argumento que en otros escenarios (v. gr. Alemania) ha dado lugar a construcciones doctrinarias que distinguen situaciones en las que hay mayor o menor capacidad de desatención de la ley por parte de las administraciones públicas, dependiendo de las reservas de ley y condiciones particulares de sujeción.

210 Se establece en el primer inciso del artículo 90 de la Constitución

Política colombiana: “El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

211 En términos occidentales, principalmente en Alemania y en Italia.

212 “Prestaciones de abastecimiento” es la expresión más común para hacer referencia en el modelo alemán a actividades administrativas tales como provisión de energía eléctrica y agua potable. Ver Alfredo Gallego Anabitarte, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración”, Revista de Administración Pública , n. o 34, Madrid, Centro de estudios constitucionales y políticos, 1961, pp. 11-51.

213 Las construcciones doctrinarias alemanas, en torno al concepto de “Daseinsvorsorge ” han dado nota de la especificidad que revisten aquellas actividades administrativas que atienden las necesidades de la colectividad y que suponen ejercicio prestacional por parte de quienes ejercen una función administrativa. A este tipo de actividades, les resulta ajeno el ejercicio de autoridad, y antes que una coerción, el destinatario de las mismas percibe una “asistencia”, una “prestación”, que aunque encuentre fundamento en el ejercicio del poder público, no se manifiesta de esta manera. En este sentido, este tipo de actuaciones administrativas, resultan oponibles o cuando menos fácilmente diferenciables de aquellas que suponen una constatación del ejercicio de autoridad. Ver Lorenzo Martín-Retortillo, “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, Revista de Administración Pública , n. o 38, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1962, pp. 35-65; Martín Bullinger, “El service public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania”, Revista de Administración Pública , n. o 166, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, pp. 29-49.

214 Este concepto, de amplio impacto en la doctrina jurídico administrativa alemana, aparentemente fue desarrollado de manera primigenia por Forsthoff, quien como se anotó en el capítulo 2 de este libro, tenía una preocupación muy aguda por el rol que le correspondía a las administraciones públicas, en el contexto de una nueva forma histórica del estado, que suponía una superación de aquella propia del estado de derecho de connotación liberal e individualista. En este contexto, el autor alemán abogó en no pocos textos, por la identificación de una “procura existencial” (como la conoce algún sector de la doctrina española) en la que la vitalidad de los seres humanos es atendida en desarrollo de la función administrativa. Martin-Retortillo, ob. cit., hace un cuidadoso análisis de las raíces alemanas de esta expresión, de gran utilidad para quienes no tenemos conocimiento de esta lengua: la raíz Sorge quiere decir cuidado, atención, dedicación; la raíz vor es una preposición que da idea de precedencia o anterioridad bien sea en el tiempo o el espacio, de manera que vorsorge puede entenderse como preocupación, procuración o prevención; ¿de qué? de Dasein, es decir, de la existencia humana.

215 En la construcción de esta justificación hay una marcada influencia de la teoría de las relaciones especiales de sujeción y la forma como estas se configuran frente al principio de legalidad. Ver Bullinger, ob. cit. Sobre este argumento puede consultarse el texto de Gallego, ob. cit.

216 Ver Martin-Retortillo, ob. cit.

217 Ibíd.

218 Ibíd.

219 La utilización de las expresiones “función administrativa” y “función pública” por los italianos es bastante vasta y heterogénea. Con la expresión “función” se hace referencia a la relación actividad - norma que le sirve de soporte, lo cual no es ajeno al derecho privado, pero que en el derecho público por las peculiaridades del principio de legalidad, ofrece unas características bien particulares. Ver Mattarella, ob. cit., pp. 632-637.

220 Obviamente la explicación que aquí se da de este complejo, pero también espinoso argumento de la dogmática y la doctrina italianas, es general y no se concentra en el reconocimiento de hipótesis excepcionales (que parecieran cada vez ser más) en las que la proximidad de los intereses legítimos con los derechos subjetivos, dificulta la división referida y fuerza por tanto a la realización de tesis y argumentos adicionales, capaces de sustentar esa tendencia. Sobre una aproximación general al concepto de interés legítimo ver Massimo Severo Giannini, Diritto amministrativo , t. 2, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 68-87; y de manera sintética y en lengua española Cartei y Gardini, ob. cit.

221 A título de ejemplo puede citarse a Cassese, ob. cit., pp. 118-119.

222 Artículos 357 y 358 del Código Penal. En estas disposiciones, para efectos de la calificación de algunos delitos de los “oficiales públicos” contra la administración pública se hace alusión a un concepto de función pública administrativa por el que se entiende manifestación de la voluntad de la administración pública o de su desarrollo a través de poderes de autoridad. Esto para contraponerlo al de servicio público, y concentrar los tipos penales únicamente en el primero.

223 Vale la pena señalar la proximidad de esta construcción doctrinaria, con algunas consideraciones del derecho positivo nacional y de la

jurisprudencia. Para el caso de los particulares que puedan ser comprendidos como sujetos disciplinables se establecen en la Ley 734 de 2002 (arts. 52 y 53) algunas hipótesis; la Corte Constitucional en la revisión de constitucionalidad de estas disposiciones, adujo que sólo los particulares son sujetos disciplinables cuando ejercitan funciones públicas, y por ellas entendió el ejercicio de autoridad. Sentencia C-037 de 2003. En otras ocasiones hemos manifestado nuestra cercanía con esta tesis, pero la preocupación que nos produce, el hecho de que este argumento sea confundido con el concepto de función administrativa (cap. 2 supra).

224 Mattarella, ob. cit., pp. 640-641.

225 Destacamos la naturaleza nacional de esta posición doctrinaria, para relieves que en contextos como el alemán y el italiano, la distinción que se critica no resulta antitécnica, al menos bajo la comprensión que se da en el derecho colombiano, toda vez que en estos ordenamientos, por regla general los asuntos a la responsabilidad contractual y extracontractual del estado, no están sometidos a reglas de derecho administrativo, sino por el contrario, guardan una lógica civilista. En ese contexto, el derecho administrativo centra su atención en el acto administrativo (unilateral) que rompe los confines tradicionales del acto jurídico también unilateral, y en el que el ingrediente de autoridad es el que da lugar a que se extiendan los efectos jurídicos del mismo, sin importar la anuencia o no de sus destinatarios.

226 Ver Rodríguez, Derecho administrativo , cit., p. 259. Este autor, hace alusión dentro de esta clasificación a las vías de hecho.

227 Las categorías de operación administrativa y omisión administrativa encuentran fundamento, por su parte en las anteriores; la primera en el acto y el hecho, y la segunda en este último.

228 Este aspecto será desarrollado con detalle en el cap. 5 infra.

229 Al respecto es interesante la construcción doctrinaria de Pérez, ob. cit., pp. 18-23, en la que con una marcada influencia francesa, llama la atención a la categoría de acto administrativo, para efectos de diferenciar el derecho administrativo del derecho privado, evidenciando algunas características particulares de los actos jurídicos que se profieren en el contexto del primero, y siguiendo la clasificación francesa ya notoria en la época de actos de gestión y actos de gobierno. Este mismo autor centra la atención de esta categoría en el derecho colombiano, con ocasión de su inclusión en la Ley 130 de 1913.

230 Tobón Arbeláez no sólo hace alusión a los actos administrativos, en sentido similar que el autor antes citado, sino que en el capítulo correspondiente a la colaboración de los particulares con la administración pública, a más de subrayar las relaciones jurídicas de los empleados administrativos, hace alusión a los contratos que celebra la administración, atribuyéndoles, aunque de manera tímida, algunas características identificadoras (Diego Tobón Arbeláez, Principios elementales del derecho administrativo, Medellín, Tipografía Industrial, 1939, pp. 106-142 y 255-280). Este aspecto llama la atención, toda vez que a la fecha de publicación de este trabajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocía aún de controversias relativas a contratos celebrados por las administraciones públicas, y las reglas de estos, salvo tímidas manifestaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, se regían por reglas similares, si no idénticas a las de los contratos celebrados por los particulares. Ya en época más reciente, la doctrina distinguió con claridad los actos administrativos de los contratos administrativos; a los primeros con un imperativo teórico de identificación y diferenciación de estos en relación con otros actos jurídicos; y a los segundos, con base principalmente en las diferenciaciones que por vía jurisprudencial se habían evidenciado en Francia de inicios a mediados del siglo XX. Ver Sarria y

Sarria, ob. cit., pp. 87-94 y 329-432.

231 En lo atinente a la clasificación de los contratos administrativos que en esta disposición se hace, se debe anotar que ésta resultaba acorde con la clasificación vigente en la época de contratos privados de la administración y contratos administrativos propiamente dichos. Una lectura actual de esta disposición supone hacer caso omiso a esta clasificación.

232 Como ejemplo revisemos la definición doctrinaria de operaciones administrativas que presenta Rodríguez, ob. cit., p. 261: “son aquellos fenómenos jurídicos que consisten en la reunión de una decisión de la administración junto con su ejecución práctica, en tal forma que constituyen en conjunto una sola actuación de la administración”. Santofimio, ob. cit., p. 110, al respecto de esta figura señala: “Se trata de un fenómeno de trascendental importancia para la vida práctica del derecho. Constituye el aspecto dinámico - práctico en la materialización de lo dispuesto en la ley o en el acto. Tradicionalmente se ha considerado como operación administrativa aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa. Es decir, el traslado real y evidente de la decisión administrativa al mundo de la eficacia. Por lo tanto, no se trata de un fenómeno predicable de la legalidad o validez del acto administrativo, sino, por el contrario, del posterior y complementario de la eficacia del mismo”.

233 La mayoría de las reflexiones que se presentan en esta sección del capítulo 4 fueron desarrolladas en una investigación sobre la dimensión económica de los actos administrativos, adelantada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Una primera versión de ellas se publicó en un aparte del capítulo 3 de la segunda edición de Montaña, El concepto de servicio público en el derecho administrativo , cit.

234 Insistimos en la necesidad de una aproximación teórica del acto administrativo, para efectos de un desarrollo coherente de este argumento. De este modo nos acercamos al pensamiento de Forsthoff quien señala: “De aquí deriva, en primer lugar, que el concepto de acto administrativo tiene su origen primordial en la ciencia. Ciertamente, la práctica, singularmente la Jurisprudencia de los Tribunales Administrativos, no evita del todo esta expresión, pero en cambio se usa muy raramente en el lenguaje de las Leyes, en las cuales el obrar administrativo es designado en cada caso, de modo general, como Decreto, disposición, orden, decisión, resolución, etc. [...] Se sigue, en segundo lugar que el acto administrativo es un concepto empírico, fundado en la experiencia, no un concepto apriorístico que pudiera inferirse de consideraciones abstractas. Cumple una función heurística y metodológica y en su expresión concreta se halla determinado por el fin que debe cumplir en el marco del sistema jurídico administrativo. Esto explica los numerosos y, en parte, divergentes matices de que se reviste la determinación del contenido del concepto” (Ernest Forsthoff, Tratado de derecho administrativo , Madrid, Instituto de estudios políticos, 1958, p. 280).

235 Felice Battaglia, Scritti di teoria dello Stato , Milano, Giuffrè, 1939, pp. 1-2.

236 Ibíd., pp. 9-11.

237 Quien emite esos actos de poder va a gozar de legitimidad en unas hipótesis y en otras no; así mismo en unas oportunidades la legitimidad va a estar fundada en aspectos tangibles o fácilmente identificables (patriarcado, poder económico, etc.) y en otras en aspectos con alta carga metafísica (v. gr. la designación divina).

238 Clara manifestación de esta realidad podemos percibirla en aquellas monarquías absolutas con constituciones “otorgadas” y realidades monárquicas con amplia influencia de la costumbre. Ver Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques* , Paris, Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1974, pp. 56-57.

239 La realidad francesa es significativa en este punto, donde la idea de la centralización administrativa trae consigo una connotación más madura de la organización administrativa, adoptando modelos jerárquicos. Ver Françoise Burdeau, ob. cit., pp. 29 y ss.

240 Este aspecto ya fue desarrollado en el cap. 2 supra.

241 Ver Zanobini, ob. cit., pp. 12-13.

242 Se configura consecuentemente el principio rector de la actividad administrativa: el principio de legalidad. Jèze señala cómo la materialización principal de este principio se obtiene con la regulación de competencias por parte del derecho: “El derecho organiza la capacidad de los individuos y la competencia de los agentes públicos. No hace sino esto. El derecho público administrativo se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se producen con ocasión de la gestión de los servicios públicos [...] Determinar la capacidad de un individuo o la competencia de un agente equivale a establecer lo que podrá jurídicamente querer el individuo o el agente, y en que condiciones deberá querer, para que la manifestación de su voluntad tenga valor jurídico” (Gaston Jèze, *Principios generales del derecho administrativo* , t. i , Buenos Aires, De Palma, 1948, p. 9).

243 Por ejemplo los fallos Blanco, Pelletier, Prince Napoleon, etc., en Long et ál., cit. pp. 1-7, 8-15 y 17-26 respectivamente.

244 Sobre esta evolución del derecho administrativo paralela a la formación y consolidación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sustentada en el tratamiento diferenciado a la administración puede consultarse nuestra obra Montaña, Dimensión teórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo , cit., cap. 3.

245 Al respecto, una de las características que evidenció del derecho administrativo la escuela del esfuerzo de inventario fue justamente el privilegio que caracterizaba a algunos comportamientos de las administraciones públicas, idea que más adelante va a ser desarrollada principalmente por Hauriou, ver cap. 1 supra.

246 Como se anotó en el primer capítulo, a la conocida como escuela de los servicios públicos o de Burdeos se le debe esta connotación teleológica de los servicios públicos. Puede consultarse nuestra obra Montaña, El concepto de servicio público en el derecho administrativo , cit., pp. 117 y ss. Anota Jèze que la principal misión de la administración pública “es la de hacer funcionar los servicios públicos”, y el derecho administrativo “tiene por objeto formular las reglas especiales que convengan para el buen funcionamiento de los servicios públicos” (Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif , cit., t. 1, Prefacio, 10.^a ed., pp. VI-XVIII).

247 Esta idea de amplio desarrollo en la jurisprudencia administrativa francesa fue desarrollada principalmente por Maurice Hauriou, ob. cit., pp. 1-29, quien sin desconocer las finalidades públicas encuentra en las

prerrogativas públicas el carácter distintivo en términos jurídicos de la administración. El régimen administrativo es una cierta manera de ser del estado cuyo origen es la fuerza que detenta la administración y que a su vez la diferencia de los particulares. La función administrativa entendida como una actividad dirigida a satisfacer el interés general tiene un elemento principal y es el uso de prerrogativas públicas.

248 El referido autor a propósito de la distinción de los actos administrativos hecha por algún sector de la doctrina en actos jurídicos y meros actos sostiene: “la atribución de un acto al estado exige, como condición previa, que una norma jurídica cualquiera, basta con que sea una norma de competencia, haya procurado una posibilidad de atribución. No hay acto administrativo que pueda ser considerado como mero acto, sin significación jurídica” (Merkel, ob. cit., p. 232).

249 No existe por regla general un referente formal de acto administrativo en el derecho positivo; decretos, resoluciones, acuerdos, ordenanzas, etc., pertenecen a una categoría general de actos administrativos.

250 El acto administrativo para Hauriou es una forma de actuar o una manifestación de la función administrativa esta, a su vez, se encuadra en un régimen administrativo que por sí sólo justifica el desarrollo de unas prerrogativas públicas por parte del derecho (administrativo). Ver Hauriou, ob. cit., pp. 1-10, 22 y ss.

251 Con esto queremos indicar el problema que se presenta cuando pretendemos identificar la naturaleza administrativa de un acto, a partir de la verificación de su régimen jurídico, descuidando el elemento de poder que es a él intrínseco y que por sí mismo pudiera ser capaz de diferenciarlo, siempre que su existencia estuviere provista por el derecho.

252 Santofimio, ob. cit., t. 2, pp. 34 y ss., llama la atención sobre la exigencia de considerar los principios de la actividad de la administración pública para el estudio de los actos administrativos. Sin embargo, contempla una posición distinta a la presentada por nosotros en esta sede, estableciendo el principio de legalidad en el mismo plano que los principios del debido proceso, de economía, de celeridad, de eficacia, de imparcialidad, de publicidad, de contradicción, de moralidad, de la buena fe o de la tutela a la confianza pública, de la igualdad, y de la participación. Hace también alusión a sus respectivos referentes normativos.

253 La forma como el ordenamiento jurídico contemple la producción de los actos administrativos será un determinante lógico de la mayor o menor discrecionalidad administrativa.

254 Posición contraria pareciera apreciarse en la doctrina nacional en Santofimio, ob. cit., t. 2, pp. 143 y ss., quien contempla los sujetos, junto con el objeto, la causa o motivo, la finalidad, las formalidades y el mérito como “elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo de contenido individual”, sin embargo los distingue de los “elementos del concepto de acto”.

255 Este requerimiento teórico jurídico choca con realidades jurídico positivas que introducen los denominados actos administrativos “fictos” o actos administrativos omisivos o actos administrativos negativos. Como reacción a esta situación se han elaborado construcciones teóricas de distinta naturaleza, que van desde la consideración de la “declaración de la voluntad tácita” hasta la inexistencia del acto y la consecuente “presunción de acto administrativo” desarrollada por el legislador en algunas hipótesis concretas. Un completo desarrollo de este aspecto puede consultarse en Renato Alessi, Principi di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1966, pp.

285-295.

256 Forsthoff, ob. cit., p. 288, señala que este esfuerzo académico se mueve entre dos corrientes doctrinarias distintas; por una parte algunos autores que pretenden unir “acciones jurídicamente relevantes del derecho público y privado en un concepto unitario; por otra parte existen autores como Kormann que justifican la tradicional separación entre el derecho público y el privado y simplemente desde una perspectiva administrativa se sirven de expresiones como “declaración de voluntad” y “negocio jurídico” tradicionalmente desarrolladas por el derecho civil.

257 Jellinek sin desconocer la existencia del acto administrativo unilateral construye la teoría del acto administrativo bilateral y llama la atención a algunas hipótesis en las que se exige la mediación de un particular (destinatario) para la definitiva producción del acto administrativo: ejemplos de esta hipótesis están constituidos cuando se verifica la exigencia de una solicitud de un particular para llegar a la producción del acto; y cuando se necesita el consentimiento del particular para la modificación del acto por parte del mismo sujeto productor. Ver Forsthoff, Tratado de derecho administrativo , cit., pp. 297-298.

258 Ibíd., p. 283.

259 Jèze concibiendo como actos jurídicos solamente aquellos que tienen su origen en las instancias públicas señala que estos tienen dos ideas comunes: “el acto jurídico es siempre una manifestación de voluntad” y todo acto jurídico constituye el ejercicio de un poder legal. Sobre la relación entre los dos señala que la manifestación de la voluntad no es más que el ejercicio de un poder legal (Jèze, Principios generales ..., cit., pp. 30-31).

260 “ Intanto, va subito notato che mentre nel caso del negozio si richiede una volontà de determinare una certa modificazione nel mondo del diritto, nel caso del provvedimento si tratta semplicemente della volontà di esplicare un potere al fine di realizzare un interesse” (Alessi, Principi di diritto amministrativo , cit., p. 280).

261 Merkl, ob. cit., pp. 231-234. En este mismo sentido, pero circunscribiendo la noción estricta a la producción de efectos jurídicos, ver Guido Zanobini, Corso di diritto amministrativo , cit., p. 243.

262 Ibíd., p. 234.

263 La mayor extensión en la construcción teórica del acto administrativo por parte de Merkl, la ocupa la identificación de las características de las ordenanzas y los reglamentos como categorías de actos administrativos de contenido general, a partir de la crítica que el autor hace a la restrictiva noción de acto administrativo aportada por Otto Mayer en la medida en que sólo comprendería los actos administrativos de contenido particular: “decisión que corresponde a la autoridad administrativa y que determina frente al súbdito en un caso concreto lo que ha de ser derecho para este” (Merkl, ob. cit., pp. 234 y ss.).

264 No desconocemos con esta afirmación el origen de esta clasificación de los actos, a partir de la identificación de los destinatarios de los mismos. Solamente insistimos en el valor normativo que en términos jerárquicos ocupan aquellos de carácter general en consideración a aquellos de carácter particular.

265 Como la apenas insinuada.

266 Como la que insinuábamos con ocasión del elemento volitivo en la noción del acto y la verificación jurídico positiva de actos fictos, omisivos o negativos.

267 Como la que insinuábamos con la consideración de una categoría de actos administrativos, denominada por Jellinek actos bilaterales.

268 Como aquella que insinuábamos cuando referíamos actos creadores de derecho y actos meramente ejecutivos, propia de la construcción doctrinaria de Merkl.

269 La construcción teórica de esta concepción la hemos intentado hacer a través de la consideración de dos grandes elementos que se fundan en un principio base que es la legalidad (manifestación unilateral de la voluntad y efectos jurídicos frente a los destinatarios).

270 No se incluye aquí la operación administrativa, que según se expresó, constituye en nuestra opinión un absurdo conceptual, toda vez que su única razón de ser es englobar una realidad en la que resulta difícil identificar si una eventual responsabilidad le resulta imputable a quien ejerce la función administrativa, en virtud de la producción de un acto administrativo, o de la ocurrencia de un hecho administrativo.

V. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU OBJETO

271 Para el desarrollo de uno y otro literal se retomarán las ideas presentadas en Montaña, Dimensión teórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo , cit., caps. 1 y 2.

272 Zanobini hace referencia a la preexistencia de una realidad estatal para una efectiva consideración administrativa. (Guido Zanobini, Curso de derecho administrativo , vol. I, Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 7-33).

273 Mario Nigro, Giustizia amministrativa , Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 25-26.

274 Ibíd. Esta situación verificable en la experiencia monárquica francesa, de alguna manera implica que las actuaciones administrativas deban ser desprovistas de control “judicial” se trata como afirma Nigro de jueces especiales tales como el mismo monarca, su Consejo, las Cortes y Cámaras de cuentas y los intendentes que de manera evidente constituyen el “primer núcleo” (en términos históricos) del contencioso administrativo.

275 Casos de notoria importancia para el derecho comparado actual como el alemán o el austriaco, sin lugar a dudas se van a limitar –y así lo reconocen– a verificar una realidad existente confrontarla con sus

respectivas historias y acomodaran la institucionalización de su jurisdicción contencioso administrativa. Nigro, ob. cit., p. 44. Al menos desde la perspectiva monárquica, resulta clara la novedad de la experiencia administrativa francesa que no encontrará referente en sus vecinos países: un proceso de centralización acelerado y coherente con una realidad nacional indiscutible.

276 Desde una perspectiva general y sin atender la metodología propuesta saltan a la vista ordenamientos jurídicos de máxima importancia como el francés, el británico, el alemán, el austriaco, el belga, el español y el de Estados Unidos. Resultando el alemán como tradicionalmente se asume, aquel esquema que ha desarrollado una verdadera construcción teórica sobre el tema a partir de una experiencia práctica en buena medida desarrollada por los franceses.

277 La absoluta independencia del poder judicial es un enunciado de amplia importancia en la construcción teórica de Montesquieu que va más allá de la también señalada independencia de los otros poderes públicos. Ver Boggetti, ob. cit., p. 38.

278 Mecanismos de autocontrol que va a encontrar en la práctica y que encuentran en la independencia de los poderes públicos un argumento teórico adicional para robustecerse.

279 Idea también apoyada en motivos prácticos como era la negativa experiencia del “control judicial” ejercido por los Parlamentos y otras Cortes propias del antiguo régimen. Ver Boggetti, ob. cit., p. 40.

280 Chapus, ob. cit., p. 748, indica que es justamente sobre esta disposición así como por la ley del 16 fructidor del año III , normas estas que aún tienen vigencia, que se ha fundado el derecho administrativo francés a partir del principio de la separación de las autoridades administrativas y judiciales.

281 Aspecto resaltado principalmente por la doctrina británica a partir de los estudios de Dicey: con ocasión del desarrollo administrativo francés, Dicey encuentra dos aspectos susceptibles de crítica, el mantenimiento y reforzamiento de prerrogativas a los gobiernos y la lectura extrema y equivocada de la separación de los poderes públicos; sobre el primer aspecto señala: “ The first of these ideas is that the government, and every servant of the government, possesses, as representative of the nation, a whole body of special rights, privileges or prerogatives as against private citizens, and that the extent of these rights, privileges or prerogatives is to be determined on principles different from the considerations which fix the legal rights and duties towards another. An individual in his dealings with the State does not, according to French ideas, stand on anything like the same footing as that on which he stands in dealings with his neighbour ”. Ver Dicey, ob. cit., pp. 336-337. Resulta importante verificar que la crítica de Dicey se construye sobre la consideración al derecho administrativo que se va modelando en Francia a fines del siglo XIX e inicios del XX y no de manera específica sobre el tema de la jurisdicción.

282 No es pacífico hablar de un control administrativo; sin embargo atendiendo una realidad orgánica, así como una tendencia teórica que terminará con la consolidación de la gestión pública y privada de la administración pública que a su vez se traducirá en la concepción de las prerrogativas públicas, consideramos ajustado referir este incipiente control de la administración como un control administrativo.

283 Conseil D’État. L’intérêt général , cit.

284 Jacques Moreau (ed.), Droit Public , t. 2, Paris, Economica, 1995, p. 702.

285 Por consejo del rey, consejo de estado se entendía en el antiguo régimen un solo cuerpo conformado esencialmente por los conseillers d'Etat y por los maîtres des requêtes que se encargaban de preparar avisos y proyectos para someter a consideración del rey. Ver Charles Durand, Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien , Paris, PUF, 1949, p. 44.

286 Existen también representantes de la iglesia y las sesiones de trabajo de los consejeros los divide en dos grupos, aquellos que trabajan todo el año y quienes lo hacen todo el año. Ver Durand, ob. cit., pp. 39-43.

287 Ibíd., p. 87.

288 Insistimos en la existencia de funciones judiciales o cuando menos similares a estas desarrolladas por los consejos asesores del rey y, en especial, por el consejo del rey. Ibíd., p. 39.

289 Ley 7 del 11 de septiembre de 1790.

290 Ley 27 de abril - 25 de mayo de 1791.

291 No por vía del derecho positivo, sino de un pronunciamiento jurisprudencial en la que el mismo consejo de estado abroga la competencia en un caso en el que se discutía la jurisdicción pertinente frente a una controversia contractual entre el señor Cadot y la ciudad de Marsella. Se trata del célebre fallo Cadot (Conseil D'État, 13 de diciembre de 1889), ver Long et ál., ob. cit., p. 36-38.

Se consolida entonces una jurisdicción de lo contencioso administrativo, desarrollada por la misma administración pública que más o menos se puede sintetizar así: los ministros que serán jueces de derecho común de aquellas hipótesis que no estén asignadas a ningún otro órgano o persona (competencia residual). Los consejos de la prefectura (hoy tribunales administrativos) conocerán de aquellas hipótesis que la ley expresamente les asigne y el consejo de estado de aquellas funciones que la ley expresamente les asigne, y de las apelaciones de los pronunciamientos de los ministros y del los consejos de la prefectura (la casación es un tema más complejo que en época napoleónica no se desarrollará a cabalidad). Ver Chapus, ob. cit., pp. 749-750.

292 Ibíd., p. 751.

293 Otros tribunales van a contribuir a la construcción jurisprudencial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como el Tribunal de Conflictos, las Cortes de Apelación y Casación o el mismo Consejo Constitucional.

294 Anunciábamos ya un ejemplo clarísimo: el fin de las funciones de control judicial que ejercen los ministros hasta que el mismo consejo de estado niega la posibilidad.

295 Es indiscutible el nexo existente entre la formación del derecho administrativo entendido como disciplina jurídica y la formación y

consolidación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

296 Tendencia menos fuerte en la doctrina francesa y con efectos casi que obligados en los estudios teóricos sobre la materia y el derecho comparado. Ver Nigro, ob. cit. Nos llama particularmente la atención la distinción propia de la doctrina italiana entre sistemas monistas y dualistas, donde el criterio que se sigue para la identificación de los modelos es el de la totalidad de fenómenos que involucran la actividad de la administración pública o sólo una parte de ellos objeto de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En cambio, los franceses se refieren a un dualismo jurisdiccional entendido como aquel fenómeno de percibir una jurisdicción ordinaria (jurisdicción judicial) y una jurisdicción contencioso administrativa (jurisdicción administrativa).

297 Al poco tiempo de existencia del consejo de estado (napoleónico) en Francia, la doctrina se va a cuestionar por la naturaleza de sus funciones y es así como un grupo percibirá el efectivo ejercicio de funciones judiciales pero otro no. Si bien el segundo grupo goza de más respaldo, existe desde aquel entonces una conciencia (no certeza) de la tímida connotación judicial que se va adquiriendo por los ideales de justicia que se ven envueltos. Saint Girons señala que el “juicio” que desarrollan los ministros o el consejo de la prefectura, dirigido a la anulación de una manifestación de autoridad de la administración pública con efectos frente a terceros (acto administrativo), en si mismo difiere de una típica manifestación de la función judicial, en la medida en que no se encuentran enfrentados los intereses de dos partes claramente diferenciables. Tratándose en cambio de las funciones del consejo de estado (principalmente aquellas relacionadas con la incipiente acción de pleno contencioso (similar a nuestra nulidad y restablecimiento del derecho)), si bien la negación de su función judicial no resulta tan rotunda, si es claramente imperfecta al involucrar consideraciones tan disímiles. Por esta razón “debe insistirse” en la importancia de la decisión del contencioso y su necesario acercamiento a los presupuestos de justicia propios de la función judicial: “telle qu’elle est malgré ses imperfections, la juridiction administrative a une utilité incontestable, elle donne aux intérêts

des particuliers des garanties qu'ils ne retrouveraient pas ailleurs: les services qu'elle a rendus on montré combien elle est nécessaire ”. Ver A. Saint Girons, Essai sur la séparation des pouvoirs , Paris, Larose, 1881, p. 451.

298 Los rasgos judiciales efectivos constituyen al sentir de Dareste, la importancia más significativa del modelo de jurisdicción de lo contencioso administrativo a la francesa. Ver Rodolphe Dareste, La justice administrative en France , Paris, Larose, 1898, p. 217.

299 Esta transición constituye un intento doctrinario de rompimiento con las bases propias del antiguo régimen que habían tenido influencia determinante en el modelo de control judicial francés. Para Gohin estos son los dos factores históricos que provocan el nacimiento de una efectiva justicia delegada. Ver Oliver Gohin, Contentieux administratif , Paris, Litec, 1999, pp. 26-27.

300 George Vedel y Pierre Delvolve, Droit administratif , t. 2, Paris, PUF, 1992, p. 519.

301 Rivero y Waline, ob. cit., pp. 25-26.

302 La Constitución no consagra el carácter jurisdiccional del Consejo de Estado ni el ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo. Ver Chapus, ob. cit., p. 756. De esta manera se conoce doctrinariamente como “constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa” a aquel fenómeno a través del cual la misma jurisprudencia (principalmente aquella constitucional) ha debido insistir en la existencia y

vocación independiente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aspecto entendido como un valor constitucional. Consejo Constitucional, 22 de julio de 1980, Validation d'actes administratifs . Ver Gohin, ob. cit., pp. 30-31.

303 Esta realidad constitucional ha traído consigo un ambiente con cierto grado de incertidumbre sobre los alcances de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo, pues el legislador demuestra una clara timidez al respecto y consecuentemente corresponde a las instancias judiciales y sobre todo a lo contencioso administrativa, delimitar ella misma su campo de acción sobre la actuación administrativa.

304 La vocación creadora de la jurisprudencia del contenciosos administrativo no es entendida por la doctrina francesa como un fenómeno histórico, pues trasciende esta connotación y se esgrime en un verdadero rasgo distintivo del derecho administrativo francés. Ver De Laubadère et ál., ob. cit., p. 13.

305 Es propio de nuestro tiempo, concebir a una administración pública que a más de proferir típicos actos administrativos, se encarga de funciones normativas o parajudiciales (o judiciales); resulta interesante en este sentido pensar en la experiencia anglosajona de las agencias y las autoridades independientes, donde estas últimas han surgido frente a situaciones prácticas y que se sustentan en buena medida en el carácter técnico a la hora de actuar. El ejemplo de los ferrocarriles y las medidas antimonopolio en Estados Unidos es bastante elocuente. Ver Carl Swisher, El desarrollo constitucional de los Estados Unidos , Buenos Aires, Editorial Los Andes Bibliográfica Argentina, 1951, pp. 343-384.

306 Este aspecto lo retomaremos en la segunda parte de este literal.

307 Se hace referencia inclusive a un “poder tecnocrático” de la administración. Ver Marie Christine Kessler, Le Conseil d’Etat , Paris, Armand Colin, 1968, pp. 289-312.

308 Nigro, ob. cit., p. 35.

309 Nos referimos aquí a una idea preliberal del estado inglés, y no al caso francés de un modelo monárquico.

310 Ver Peter Cumper, Constitutional & administrative law , Nottingham, Blackstone Press Limited, 1998, p. 57.

311 Wade, ob. cit., p. 19, insiste en como desde una perspectiva material la organización judicial en el modelo inglés no debe perseguir unas pautas de especialización. La mayor preocupación en la evolución del control judicial más que la especialización debe ser el carácter técnico con el que deben actuar las instancias judiciales en cada una de las hipótesis específicas de acción.

312 Esta realidad trae consigo una inevitable mezcla entre gobierno y administración de manera más acentuada que en realidades administrativas más complejas y depuradas en el siglo XVIII y XIX como aquella francesa. Ver Bradley y Ewing, Constitutional and administrative law , London, Longman, 1997, pp. 54-85.

313 Wade, ob. cit., p. 22. En el mismo sentido ver Peter Cane, An introduction to administrative law , Oxford, Clarendon, 1996.

314 En consideración al control político.

315 En Inglaterra el conocido como Parliamentary Commissioner for Administration (PCA) tiene una clara función de verificar esta acción administrativa desde la perspectiva del ciudadano corriente. Más adelante haremos referencia a otra importante tarea de este funcionario relacionada con la vigilancia de los conocidos como tribunales administrativos. Ver David Foulkes, Administrative law , London, Butterworths, 1995, pp. 528-529.

316 Los conocidos como “recursos prerrogativa” (desde 1938 órdenes), nacen como típicas acciones en cabeza del monarca, donde este tenía la “prerrogativa” de cuestionar una específica actuación de las cortes; estos recursos se extendieron con posterioridad a las revoluciones liberales a la actuación administrativa y pasaron del monarca a los ciudadanos. Constituyen, sin lugar a dudas un perfecto complemento al control de legalidad ejercido sobre la actuación administrativa por la jurisdicción ordinaria, pues la lógica imperante de derecho privado fuerza el control a la identificación de un evidente perjuicio que da lugar a un resarcimiento, mientras que tratándose de estas órdenes, el juez no afronta un raciocinio motivado por la verificación de un perjuicio producido por una conducta ilegal de la administración pública, sino simplemente el cuestionamiento de una específica actuación administrativa en consideración a los imperativos jurídicos que esta debe seguir (ultra vires). Son el certior i, la prohibición y el mandamus . El certiori persigue la declaración de legalidad de un acto, la prohibición el impedimento a la administración de actuar y el mandamus una orden para que la administración haga lo que tiene que hacer. En todas

ellas se encuentra involucrado el raciocinio del abuso u exceso de poder considerado como una conducta que quebranta la legalidad. Ver John E. McEldowney, Public Law , London, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 574-576.

En la doctrina colombiana resultan importantes las reflexiones de Alejandro Ramelli, “La acción de cumplimiento”, Revista de Derecho del Estado, n.o 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

317 Wade, ob. cit., p. 75.

318 Ibíd., p. 72.

319 Los jueces de paz son una clara muestra de servidores del estado que cumplen un considerable número de funciones administrativas.

320 Ver Cumper, ob. cit., p. 242.

321 Existe también un órgano que cumple funciones de vigilancia sobre estos tribunales y del cual hace parte el ya mencionado Parliamentary Comissioner for Administration (PCA), se trata del Consejo de Tribunales.

322 Ver Sabino Cassese, Trattato di diritto amministrativo generale , t. 1, cit., pp. 78-80.

323 No es extraño en la doctrina británica (sobre todo por parte de aquellos que abogan por la efectiva existencia de un administrative law) una fuerte crítica sobre esta construcción teórica de Dicey, inspirada principalmente en la confrontación de sus grandes principios con la realidad actual. Ver Cumper, ob. cit., p. 247.

324 Wade, ob. cit., pp. 72-73. Esta afirmación, parte sin embargo del mismo supuesto que maneja Dicey según el cual, el hecho de que la administración se controle a sí misma implica una mayor tolerancia con la misma. Esta puede llegar a ser una realidad en la incipiente formación jurídico administrativa del siglo XIX , pero sin lugar a dudas, ese aparente vacío subjetivo ha sido cubierto con tecnificación y objetividad que se han visto reflejadas en confianza ciudadana hacia el modelo contencioso administrativo. En este sentido insistimos, en la apreciación del modelo organizativo de control judicial británico, pero sin descuidar su contextualización histórica. En este sentido, Cassese, ob. cit., p. 13; y Burdeau, ob. cit., pp. 106-108.

325 Se refieren a orígenes griegos, aunque sin lugar a dudas representan una importancia significativa los trabajos de la escuela jusnaturalista (primero teológica y después racionalista) principalmente aquellos de Cumper, ob. cit., p. 232.

326 Ver Dicey, ob. cit., pp. 188-195.

327 La efectiva realización del estado de derecho comporta la inexistencia de prerrogativas y privilegios para las instancias públicas. Ibíd., p. 188.

328 La connotación individualista del derecho de la igualdad comporta que todas las personas son iguales ante el derecho; esto no excluye a las instancias públicas que deben seguir las mismas reglas y someterse al eventual control judicial realizado por los jueces ordinarios. Ibíd., pp. 192-193.

329 La constitución no escrita en Inglaterra contiene unos derechos y garantías de los ciudadanos que son fundados en la common law , es decir, de manera espontánea y dinámica, así como con un importante rol de los jueces. Ibíd., pp. 194-196.

330 Para Ramón Parada un modelo de control desarrollado por la rama judicial a través de jueces especializados (caso español) constituye una evolución lógica, percatándose de un proceso de judicialización más progresivo y liberal. Se trata de un modelo más “avanzado” al menos en confrontación con aquella situación “autoritaria y centralizadora” propia de un modelo como el francés (Ramón Parada, Derecho Administrativo, Parte General , vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 688-689).

331 El camino español sobre la materia hasta llegar a la reciente reforma de 1998 ha sido lleno de cambios institucionales que demuestran la marcada influencia teórica que existe detrás de ellos. La segunda mitad del siglo XIX está caracterizada por constantes cambios oscilantes entre los dos modelos puros, alcanzando cierta madurez en 1888 (13 de septiembre) con la Ley Santamaría Paredes se establecía en esta un tribunal de lo contencioso administrativo integrado en el consejo de estado, por miembros con carácter administrativo (presidente y 11 consejeros de estado) y en el ámbito territorial los Tribunales provinciales de lo Contencioso administrativo de carácter mixto, es decir judicial y administrativo (presidente, dos magistrados y dos diputados provinciales).

En 1904 (5 de abril) con la Ley Maura Silvela se termina con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sus funciones pasan a una sala del Tribunal

Supremo.

Finalmente con la Ley de lo contencioso administrativo de 1956 (27 de diciembre) conocida como Balbé y González Pérez, se configura plenamente una sala de lo contencioso administrativo en el seno del Tribunal Supremo y a nivel territorial se eliminan los Tribunales Provinciales y se sustituyen por salas de lo contencioso administrativo al interior de las audiencias territoriales. Ver Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de derecho administrativo, vol. ii, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces S. A., 1999, pp. 623-626.

[332 Ver Jesús González Pérez, Manual de derecho procesal administrativo , Madrid, Civitas, 1992, p. 91.](#)

[333 Luciano Parejo Alfonso, A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez, Manual de derecho administrativo , vol. 1, Barcelona, Ariel, 1998, p. 681.](#)

[334 Resulta interesante verificar, que mientras en las otras materias existen frecuentemente criterios materiales detrás de la consideración de su competencia, el criterio principal en el contencioso administrativo es el subjetivo y solo excepcionalmente se va a recurrir a fenómenos materiales. Ver Santamaría Pastor, ob. cit., pp. 626 y ss.](#)

[335 En España los otros órdenes son civil, social, penal y militar. Ibíd .](#)

[336 Con amplio rigor técnico pueden señalarse como: “Magistrados especializados de lo contencioso administrativo”. Ver Parada, ob. cit., p. 689.](#)

337 La característica de la especialización no logra que se pierda la idea de unidad judicial, pues desde una perspectiva formal existen cuerpos únicos con salas especializadas, y desde una perspectiva material se entiende que en el ejercicio de unas mismas funciones existen unos jueces que conocen más de unos temas que de otros, aspecto este verificable en términos prácticos en la experiencia española con la existencia de la Sala Especial de Revisión, al interior del Tribunal Supremo, conformada por 15 magistrados y solo tres de lo contencioso administrativo. Ver Parada, ob. cit., pp. 690-691.

338 Fenómeno de justicia administrativa en el que distintas jurisdicciones (en este caso distintos órdenes) pueden llegar a conocer controversias en las que se encuentre involucrada la administración pública. Esta forma de justicia administrativa es desarrollada en términos teóricos, de manera rigurosa por la doctrina italiana, en atención a su “atípica” manera de distinguir el conocimiento del juez de lo contencioso administrativo y el juez civil a través de la división entre intereses legítimos y derechos subjetivos. Ver Nigro, ob. cit., pp. 135 y ss.

339 Una comparación con el modelo de control judicial ejercido por la misma administración pública puede ayudarnos a sustentar esta idea: en el primer modelo será el mismo juez (administración pública) quien verifique la oportunidad de que sea la jurisdicción judicial la que conozca de una determinada hipótesis, mientras que en este modelo de control, es un tercero (el legislador) el que a través de una lectura flexible de la fundamentación teórica de la jurisdicción administrativa, establecerá la conveniencia u oportunidad de que sea uno u otro orden el que de mejor manera debe conocer.

340 Si la decisión específica tiene una fuerte influencia de derecho civil o se

aproxima de manera decidida a esta lógica, es una situación que despreocupa al juez de lo contencioso en este modelo de control judicial.

341 En Colombia civil, laboral y penal.

342 Pensar lo contrario implicaría una evidente negación de la división de los poderes públicos.

343 Con esta afirmación no se pretende, en absoluto, limitar el carácter creador del juez de lo contencioso administrativo en un modelo como el nuestro; simplemente resaltar una realidad de justicia administrativa que se construye sobre unas bases de mayor certeza funcional.

344 El Consejo de Estado en Colombia.

345 En Francia con la institución del “retrait administratif” se obtiene por parte de la misma administración una especie de “anulación” del acto por ella proferido, aunque en sentido técnico sólo puede hablarse de anulación en presencia de una decisión de un juez de lo contencioso administrativo. Ver Guy Braibant y Bernard Stirn, Le droit administratif français, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1999, p. 268. En Italia la tradicional división entre procedimiento y proceso (de amplio interés para la doctrina procesalista, pero también la administrativista) en buena medida se encarga de justificar la procedencia de una actuación administrativa que antes que defenderse persigue decidir mejor. Ver Cassese, Le basi del diritto amministrativo, cit., p. 302.

346 Santofimio, ob. cit., p. 284, señala la connotación de conveniencia y oportunidad a más de legalidad de la vía gubernativa en Colombia entendida como control administrativo de la actividad administrativa.

347 En Colombia, recursos contra actos administrativos de carácter general y carácter particular. Una modificación de los actos administrativos que no es promovida por parte de los particulares sino por la misma administración, puede verse en Colombia con la figura de la revocatoria directa.

348 En Francia el consejo de estado y los tribunales administrativos.

349 Esta realidad ofrece muchas reflexiones tratándose del modelo 4.

350 Al igual que la mayoría de modelos en los estados occidentales, donde se han asimilado o negado modelos “puros” de control judicial de la administración pública, como el francés o el inglés.

351 Basta pensar para ejemplificar esta idea, en la presencia de funciones consultivas en los respectivos consejo de estado francés y colombiano, y la paulatina independencia que estas funciones han adquirido en relación con las funciones jurisdiccionales.

352 En el primer literal de este capítulo anunciábamos que la vocación napoleónica del consejo de estado en Francia, es discutible en términos absolutos. Los denominados “consejos reales” del “antiguo régimen”

parecieran ser la semilla de un órgano con exclusivo carácter asesor y consultivo que se constituya como soporte para el desarrollo de las funciones de gobierno.

353 Ver Santofimio, ob. cit., t. 1, p. 319.

354 Manuel Urueta, “El Consejo de Estado”, Revista de la Universidad Externado de Colombia , vol. XVII , n. o 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976. Encontramos en este antecedente histórico una estrecha relación con el surgimiento en Francia del consejo de estado en época napoleónica, en la cual se verificaba un apabullante crecimiento de la rama ejecutiva entendida como administración pública, y la urgencia de un órgano asesor se centraba principalmente en esta lógica de poder y de continua actuación.

355 “La doctrina nacional al ocuparse de este período de nuestra historia jurídica (período judicialista 1821-1914) vincula la existencia intermitente del consejo de estado como un punto de encuentro del derecho administrativo colombiano con el derecho administrativo francés. El hecho de que durante diferentes épocas se hubiere instituido el consejo de estado es tratado como un antecedente de que nuestro derecho público ha sido una prolongación del francés. Esta afirmación la rechazamos por estar sustentada en argumentos superficiales y aparentes” (Santofimio, ob. cit., p. 318).

356 Santofimio desarrolla un análisis de la incorporación y la forma como se hace del consejo de estado en los distintos textos políticos del siglo XIX. Ibíd., pp. 318-323.

357 Como señala Santofimio, ob. cit., pp. 322-323, se le otorgan tres importantes funciones al consejo de estado: la consultiva, la de presentar proyectos de ley y la de supremo tribunal de lo contencioso administrativo: “Como atribuciones se le señalaron las siguientes en el artículo 141: 1. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser oído en todos aquellos casos que determine la Constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte. 2. Preparar proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las cámaras y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación. 3. Decidir sin ulterior recurso las cuestiones contencioso administrativas si la ley estableciera esta jurisdicción, ya deba conocer de aquellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de contencioso administrativo con un fiscal, que será creado por la ley”.

358 Como lo señalábamos en el primer literal de este capítulo, en Francia, el arribo a una consolidación de una jurisdicción de lo contencioso administrativo es un proceso largo que alcanza su plena madurez con el fallo Cadot de 1889. Así mismo señalamos, la inexistencia de un referente constitucional que señale la existencia efectiva de esta jurisdicción, realidad esta que ha ocasionado no pocos inconvenientes. Resaltamos por esto la importancia histórica de la Constitución de 1886 sobre la materia.

359 Santofimio, ob. cit., pp. 325-326, llama la atención sobre la verificación de un efectivo perfeccionamiento del modelo de jurisdicción de lo contencioso administrativo en 1914, por la entrada en vigencia de lo dispuesto en la Ley 130 de 1913, por la expedición de un acto legislativo en 1914 en el que se señalaba el consejo de estado como “máximo tribunal supremo de lo contencioso administrativo” y por la expedición de la Ley 6.^a de 1914.

360 Podemos documentar esta afirmación en el seno de la discusión misma de la Ley. En el específico tema de la injerencia de la Corte Suprema de Justicia en el nombramiento de los miembros del Tribunal Supremo se desarrollan planteamientos bien interesantes sobre la naturaleza “independiente” de la nascente jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este sentido nos permitimos citar algunos extractos literales: “La exposición de los abogados auxiliares autores del proyecto primitivo, después de mencionar varios de los principales asuntos que han de ser el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se expresa así: ‘hecho el análisis precedente sobre una serie de cuestiones que evidentemente deben escapar a la intervención del poder judicial, puede generalizarse ya la teoría o tesis jurídica y concluir admitiendo no sólo la conveniencia sino la necesidad de una jurisdicción independiente que reúna mediante el establecimiento de un orden jerárquico, las funciones que hoy tienen ciertas Corporaciones que no son del orden judicial, y que sustraiga a este orden la decisión de otras que no deben ser de su resorte’. Y la muy respetable comisión del Senado que en 1911 informó sobre el proyecto primitivo dijo al respecto ‘la justicia administrativa, como lo observa Barthelemy, no es una desmembración de la jurisdicción judicial. Es el órgano jurisdiccional con que el poder ejecutivo impone a la administración el respeto al derecho. Los tribunales administrativos no arrebatan el papel de la autoridad judicial, son una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la autoridad administrativa ’. El principio constitucional de la separación de los poderes públicos, en vez de servir para considerar la jurisdicción contencioso administrativa como una rama del poder judicial, lo que hace es servir de fundamento para sentar su independencia de ese ramo” (énfasis del original). Exposición de motivos de la Secretaría del Senado de la República, con ocasión de las objeciones presidenciales (Carlos E. Restrepo) al proyecto presentado por el Congreso de la República (República de Colombia, Archivo del Congreso Leyes de 1913 , t. XIV, folios 59 y 60).

361 Consideraciones presentadas por la Cámara del Senado, ibíd., folios 199 y 200.

362 Ibíd., p. 205.

363 Como señalan Argüello y Buenahora, ob. cit., p. 52, se reconocía por parte del Consejo de Estado la creación de “una figura que la conveniencia y justicia piden que permanezca [...] como la mejor garantía de los derechos individuales que la ley fundamental reconoce”. En este mismo sentido, Sarria señala: “El gobernante, el funcionario público, tiene forzosamente que ajustar su conducta a normas preestablecidas que son garantía para la realización de la solidaridad social y para el ejercicio de los derechos del individuo con miras a esa superior finalidad. Y cuando quiera que la conducta del administrador se aparte de los cauces legales, puede y debe ser enjuiciada por los tribunales competentes, quienes a más de declarar la nulidad del acto, ordenan el restablecimiento del derecho violado” (Eustorgio Sarria, Derecho administrativo , Bogotá, Temis, 1957, p. 252).

364 Santofimio, ob. cit., p. 323.

365 Ibíd., p. 329.

366 República de Colombia, Gaceta Constitucional , 9 de abril, 15 de mayo, 16 de mayo, 27 de mayo y 29 de mayo de 1991.

367 El proyecto no institucional presentado por el Colegio de Abogados Javerianos, establecía en su artículo 153: “A esta jurisdicción especial, le corresponde proteger a todos los habitantes del territorio nacional, en sus derechos subjetivos e intereses legítimos, frente a toda clase de actividades de la administración pública” (Ibíd., 9 de mayo de 1991, p. 13).

368 Sobre la incidencia de esta nueva composición normativa de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, y lo que significó para la época, ver Julio Enrique Tascón, Derecho contencioso administrativo colombiano , Bogotá, Minerva, 1954, pp. 81-191.

369 Sobre la incidencia de este cambio para la época, puede consultarse Sarria y Sarria, ob. cit., pp. 557-563.

370 El artículo 73 de la Ley 167 de 1941 establecía: “No acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa:

Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato;

Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales;

Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes;

Las atribuidas por la ley a otra jurisdicción”.

371 De la lectura de la exposición de motivos de este texto normativo se evidencian ideas como las siguientes: 1) Frente a las dificultades que se han producido por conflictos de jurisdicciones, principalmente en materia de servicios públicos, se hace necesario darle solución definitiva, con la reforma al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. 2) Las razones de esa controversia, se advierten de la dificultad de encontrarle sentido a un concepto jurídico indeterminado como el de “función

administrativa”, por eso es mejor aludir a “entidades públicas”. 3) La introducción de un criterio orgánico, antes que uno material, supone una modificación acorde con las modernas tendencias del derecho administrativo y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

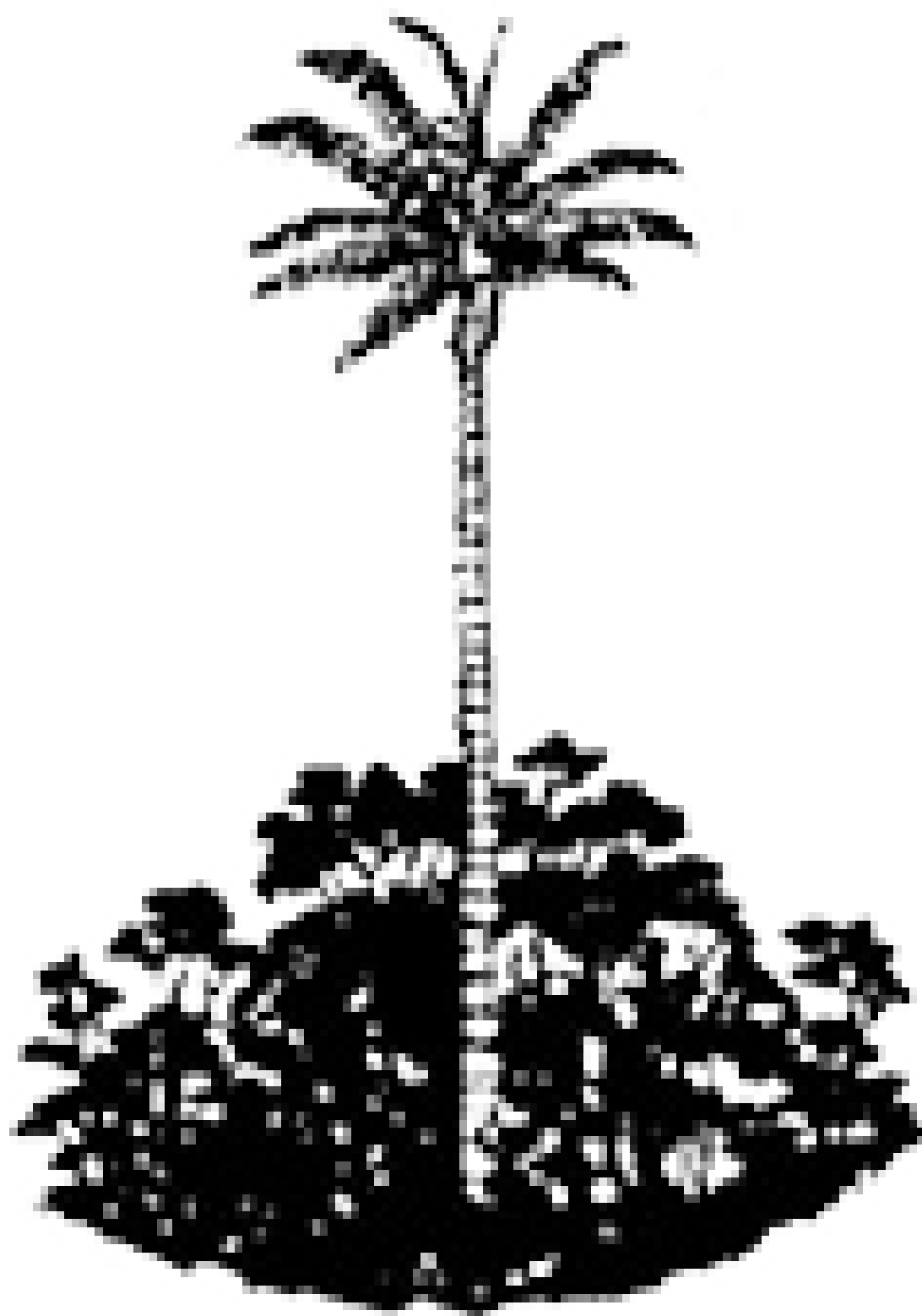
372 De la redacción de esta disposición, pareciera suponerse que las sociedades de economía mixta con capital superior al 50% no son comprendidas como entidades públicas.

373 En el derecho colombiano, también han existido serias dificultades, al momento de catalogar como públicas o no, a algunas “entidades” verbigracia las empresas de servicios públicos mixtas y privadas e inclusive las sociedades de economía mixta. Sobre este aspecto, ver Montaña, “La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas de las empresas de servicios públicos mixtas”, Revista Digital de Derecho Administrativo , n. o 3, 2009 [www.uexternado.edu.co]. Vale la pena señalar, que no resulta tan fácil este nuevo criterio, que al poco tiempo de producirse el cambio, no tardaron en demorarse nuevos conflictos de jurisdicción. Como ejemplo puede referirse el Auto del Consejo de Estado, Sección Tercera del 17 de abril de 2008, rad.: 35072, C. P.: Enrique Gil Botero, el cual fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Auto del 25 de junio de 2008, rad.: 211-33, M. P.: Julia Emma Garzón de Gómez. Nos resultan de gran trascendencia los argumentos expuestos en la providencia del Consejo de Estado referida, no solamente porque se hace allí un relato del cambio, sino que además se adopta una postura crítica y se ponen de presente, los no pocos problemas que se pueden suscitar, con ocasión de la introducción de un criterio orgánico, en materia del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En lo que respecta en cambio a la providencia del Consejo Superior de la Judicatura se debe señalar, que si bien se acogen los criterios manifiestos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no se hace alusión alguna adicional al problema propuesto, e inclusive es contentiva de algunos argumentos que pueden inducir a confusión, por la manera simplista como se asumió el

conflicto.

374 Se recuerda aquí la visión general de la categoría de acto administrativo, en las primeras manifestaciones normativas al respecto. Ver cap. 4 supra.

375 Y del cual hemos manifestado ya nuestra opinión .



**Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en noviembre de 2010**

**Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos
Bogotá (Colombia)**

Post tenebras spero lucem

La insostenibilidad actual de construcciones teóricas tradicionales del Derecho administrativo, que comienzan por la clásica consideración de esta disciplina jurídica como “el derecho de la administración pública”, fuerzan la revisión y construcción de unos *Fundamentos de Derecho administrativo*.

Este es el propósito de la presente obra, que no tiene pretensiones universales ni naturales, sino, por el contrario, la intención de proponer a la comunidad científica y en general a los operadores del derecho administrativo una metodología precisa para el estudio y consideración de unos *Fundamentos de Derecho administrativo* para la realidad colombiana, que no resulta ajena a su construcción normativa.

